

LES NULLITÉS DE PROCÉDURE EN MATIÈRE CIVILE

Thèse par

MARC DE BIÉVILLE

Docteur ès sciences juridiques

Diplômé de l'École des Sciences Politiques

Ancien Secrétaire de la Conférence du Stage

des Avocats à la Cour de Cassation
et au Conseil d'Etat

1955

LES NULLITÉS
DES ACTES DE PROCÉDURE
EN MATIÈRE CIVILE

UNIVERSITÉ DE PARIS - FACULTÉ DE DROIT

LES NULLITÉS DES ACTES DE PROCÉDURE EN MATIÈRE CIVILE

Thèse pour le Doctorat

Présentée et soutenue le 16 décembre 1944 à 14 h

par

le Capitaine MARC DE BIÉVILLE

Docteur ès sciences juridiques

Diplômé de l'Ecole des Sciences Politiques

Ancien Secrétaire de la Conférence du Stage

des Avocats à la Cour de Cassation et au Conseil d'Etat.

Président: M. Solus, professeur

Suffragants: { MM. Morel, professeur
Regnault, professeur

La Faculté n'entend donner aucune
approbation ni improbation aux opinions
émises dans les Thèses; ces opinions doivent
être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MON PÈRE
MORTELLEMENT BLESSÉ
LE 22 AOÛT 1944
AU PALAIS DE JUSTICE
A PARIS

INTRODUCTION

1. — Définition des actes de procédure

Dans son *Traité de procédure*, Ch. Japiot définit excellemment la procédure : « la mise en œuvre active, technique et pratique du droit ».

Nous pouvons donc définir les actes de procédure : l'ensemble des actes judiciaires ou extra-judiciaires qui concourent à « la mise en œuvre du Droit », en général, et à « la mise en œuvre des droits » en particulier.

Ces actes émanent soit des officiers ministériels qui assistent les parties, avoués et huissiers, soit des Juges qui arbitrent le différend entre les parties et de leurs greffiers.

Les actes des Juges s'appellent ordonnances ou jugements suivant que le Président du Tribunal seul ou le Tribunal tout entier fait œuvre de juridiction gracieuse ou contentieuse. Ils prennent le nom de procès-verbaux lorsqu'il s'agit d'un acte d'instruction (procès-verbal d'enquête, ou d'interrogatoire sur faits et articles par exemple).

Quant aux greffiers, ils ne font à proprement parler aucun acte de procédure par eux-mêmes. Ce sont eux qui rédigent les jugements, mais d'après les notes du Juge ; qui rédigent les procès-verbaux, mais sous la dictée de celui-ci. Les autres actes qu'ils peuvent faire sont en quelque sorte purement mécaniques. C'est ainsi qu'ils reçoivent certains actes des parties : renonciation ou acceptation bénéficiaire d'une succession, par exemple. Mais la renonciation ou l'acceptation est entièrement rédigée par les parties et le greffier ne fait que la transcrire sur un registre spécial. Enfin, la « mise au rôle » est aussi une opération purement automatique, qui consiste pour le greffier à inscrire l'affaire sur un registre spécial pour lui donner un numéro d'ordre lorsque l'avoué du demandeur dépose son « placet ». Il en est de même de la « sortie du rôle », chaque affaire sortant, à son tour, du rôle pour être plaidée, quand l'affaire précédente est résolue.

Les actes de procédure qui sont censés être effectués par les parties émanent des huissiers ou des avoués qui les représentent.

Les actes des huissiers prennent le nom générique d'exploits. Ces actes, suivant leurs buts différents, prennent les noms spéciaux :

1^o d'assignation, ajournement, citation, lorsqu'ils invitent l'adversaire à comparaître en justice,

2^o de sommation, commandement, opposition, lorsqu'ils lancent une injonction ou font une défense à l'adversaire,

3^o de significations lorsqu'ils portent un acte à la connaissance des parties,

4^o de constat, procès-verbal (de saisie ou d'expulsion), lorsqu'ils constatent certains faits d'ordre matériel ou juridique.

Les avoués font différents actes que l'on peut distinguer suivant la personne à laquelle ils sont destinés. Les actes adressés au Juge prennent le nom de requêtes ou de « placets ». La requête est un acte de la procédure gracieuse, en général, par lequel une partie s'adresse au Juge lui-même pour lui demander de rendre une décision ou de prendre une mesure à son profit, le plus souvent en l'absence de l'adversaire. Le placet est la reproduction pure et simple de l'assignation ou des conclusions sur une feuille spéciale qui contient les mots de : « plaise au Tribunal » (d'où le nom de « placet »), feuille qui, par son dépôt au Greffe, saisit le Tribunal du litige.

Les actes que les avoués s'adressent entre eux pour les besoins de la procédure prennent le nom générique d'« actes d'avoué à avoué » ou d'« actes du Palais ». Ils font sommation à l'adversaire de faire tel ou tel acte : sommation de communiquer les pièces, par exemple ; ou bien, lui enjoignent de se trouver à telle audience du Tribunal : ils prennent alors le nom d'« avenir » (parce qu'on indique au défendeur un jour à venir) ; ou bien annoncent au demandeur que le défendeur a fait choix d'un avoué pour le défendre : on les appelle alors « constitutions ». Mais les plus importants s'appellent « conclusions », et contiennent l'exposé des prétentions que l'une des parties oppose à son adversaire. Les conclusions sont primordiales, parce que ce sont elles qui, avec l'assignation introductive d'instance, fixent le terrain du débat.

Prenons un cas concret : Prima vient d'abandonner son mari, Primus. Celui-ci a le droit d'obtenir le divorce, mais pour mettre en œuvre ce droit, il lui faudra intenter contre sa femme une procédure de divorce, dont la marche (procédure vient du latin « *procedere* » = avancer) se traduira par les actes suivants : Primus va d'abord prendre position pour montrer le bien-fondé de son droit, et il le fera sous forme de « sommation » à celle-ci de réintégrer le domicile conjugal, par exploit d'huissier (cet exploit est un acte extrajudiciaire et servira de point de départ à tous les autres actes de

la procédure qui, eux, seront des actes judiciaires puisqu'ils seront faits en présence du Juge). Primus présente alors une requête par le ministère de son avoué, dans laquelle il « articule » les griefs qu'il reproche à Prima. Le juge rend une ordonnance autorisant Primus à citer en conciliation son épouse. Primus cite Prima pour le jour indiqué par le Juge au moyen d'un exploit de « citation », par ministère d'huissier. Au jour dit, les époux comparaissent et... ne peuvent se concilier : le Juge rend alors une nouvelle ordonnance, l'ordonnance de non-conciliation, qui statue sur les mesures provisoires à accorder à Prima, et autorise Primus à introduire sa demande en divorce. Primus fait rédiger par son avoué l'assignation en divorce, qui est signifiée à Prima par exploit d'huissier. Prima apporte à son avoué la copie de l'assignation qui lui a été délivrée ; celui-ci se « constitue » par « acte du Palais » signifié à son confrère, avoué de Primus, par ministère d'un huissier audiencier. L'avoué de Primus reproduit alors l'assignation sur une feuille spéciale, appelée « placet », qu'il dépose au Tribunal en en prévenant l'adversaire par un acte du Palais appelé « avenir » ; le greffier met à ce moment l'affaire « au rôle » et celle-ci en sort, depuis le décret du 30 octobre 1935, pour être examinée par le Juge à « l'audience spéciale », où l'avoué de Prima vient déposer ses feuilles de conclusions (qui articulent, par exemple, les griefs de Prima contre son mari), lesquelles ont été préalablement signifiées par acte du Palais à l'avoué de Primus. Le Juge peut maintenant renvoyer l'affaire « à l'audience » du Tribunal où elle est plaidée par un avocat. Les Juges n'estimant pas les griefs des deux adversaires prouvés « de plano » rendent un jugement ordonnant une enquête. L'avoué de Primus rédige les « qualités » (énumération des différents actes faits par les deux adversaires, jusqu'au jour du jugement) qu'il signifie, par acte du Palais, à son confrère. Si celui-ci ne « s'oppose » pas, l'avoué de Primus dépose les qualités au Greffe qui lui délivre, au bout d'un temps plus ou moins long (plutôt : « plus » que « moins »), la « grosse » du jugement. L'avoué de Primus la « signifie » à son confrère par acte du Palais et les deux avoués procèdent alors ensemble à l'enquête : requêtes « afin de fixation de jour d'enquête » présentées simultanément par les deux avoués au Juge-commissaire qui indique ce jour dans une ordonnance. Chaque avoué assigne alors les témoins de son client à venir « déposer » au jour indiqué, et ce par exploit d'huissier ; il fait dénoncer à l'adversaire en personne, et non plus seulement à son avoué, les noms des témoins de son client. Au jour dit, le Juge recueille les dépositions des témoins de chaque partie dans un acte rédigé par le greffier sous sa direction, que l'on appelle : « procès-verbal d'enquête ». Les deux avoués se

signifient le procès-verbal d'enquête de leur client par acte du Palais, puis leurs conclusions « après enquête » par la même voie. L'affaire est « rétablie » par l'avoué le plus diligent devant le Tribunal qui, après nouvelles plaidoiries des avocats, rend un jugement « sur le fond » prononçant le divorce. L'avoué de la partie gagnante rédige les « qualités », les signifie à l'adversaire par acte du Palais et les dépose au Greffe, si son confrère ne « s'oppose pas ». Le Greffe délivre alors à l'avoué la « grosse », et l'avoué du gagnant la signifie par acte du Palais à son confrère, puis, par exploit d'huissier, à la partie perdante. Le délai d'appel court à dater de la dernière signification et, passé ce délai, l'avoué du gagnant rédige un « certificat de signification » qu'il dépose au Greffe, lequel lui adresse, en retour, un « certificat de non-appel ». L'avoué signifie ensuite le jugement au Maire qui a célébré le mariage de Primus et de Prima, afin que la décision de divorce soit transcrite sur les registres de l'état-civil et mentionnée en marge de l'acte de mariage. L'avoué termine enfin cet édifice cohérent par une publicité de ce jugement aux Greffes du Tribunal de Commerce et du Tribunal Civil, et par une insertion dans un journal d'annonces légales du siège du Tribunal, insertion d'ailleurs bien inutile en raison du nombre restreint des lecteurs de ce genre de périodique !

Ce tableau rapide de la procédure-type qu'est l'instance en divorce nous fait saisir la cohésion étroite de tous les actes de procédure qui constituent autant de maillons successifs d'une chaîne aboutissant à une maîtresse pièce : le jugement « au fond ».

Mais certains auteurs, et non des moindres, ont voulu dissocier cette maîtresse pièce du tout que constitue une procédure. C'est ainsi que M. Garsonnet, dans le tome 2 de son « Traité théorique et pratique de procédure » a pu écrire, à la page 122, que « les jugements et autres actes du ministère du juge ne sont pas précisément des actes de procédure ». Il nous donne comme premier argument que « le jugement ne fait point partie de la procédure qui tend à l'obtenir ». Mais cette formule est spécieuse : il est difficile de concevoir une procédure sans y comprendre le jugement qui en est le couronnement et qui la sanctionne. Retirer le jugement de la procédure, c'est faire de celle-ci un corps sans âme ! Au reste, même si cet argument était juste, il ne serait valable que pour le jugement « au fond », mais pas pour le jugement « avant-faire droit » ordonnant une enquête, car la procédure, si elle tend à obtenir un jugement au fond, cherche à éviter le plus possible d'obtenir un jugement ordonnant enquête ! Nous espérons en tout cas que le tableau que nous avons présenté de la procédure de divorce a bien fait apparaître que le jugement ordonnant enquête (qui

n'a fait que préparer le jugement « au fond »), fait bien « partie de la procédure ». Le second argument est le suivant : « puisque la procédure est tout entière, en droit français, l'œuvre des parties ou de leurs représentants, les actes d'instruction dont le juge est chargé n'y sont pas compris ». On peut répondre que depuis la loi du 30 octobre 1935 instituant un juge « chargé de suivre la procédure », celle-ci n'est plus entièrement l'œuvre des parties. Mais ce qui nous semble certain, et notre tableau l'a montré, c'est que les actes d'instruction, comme le procès-verbal d'enquête dont un juge peut être chargé, ne peuvent pas ne pas être compris dans la procédure, car ils en sont un élément essentiel sans lequel celle-ci ne pourrait plus continuer sa marche en avant.

Enfin, il croit trouver un argument de texte dans l'article 1030 du Code de procédure civile. « Aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul, si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi. Dans les cas où la loi n'aurait pas prononcé la nullité, l'officier ministériel pourra soit pour omission, soit pour contravention être condamné à une amende... »

Cet article ne viserait pas, selon lui, les actes du juge puisqu'il ne parle dans son second alinéa que de l'amende encourue par l'officier ministériel, et le mot acte de procédure employé dans le premier alinéa ne comprendrait donc que les actes des officiers ministériels.

Mais rien ne nous prouve qu'il faille interpréter le sens du mot « acte de procédure » en combinant les deux alinéas de cet article, car, chacun d'eux se suffit à lui-même. Le premier peut très bien avoir désigné, dans la pensée du législateur, à la fois les actes du juge et ceux des officiers ministériels, tandis que le second ne vise que les cas particuliers de l'amende qui ne peut frapper que l'officier ministériel, à l'exclusion du juge dont l'autorité serait amoindrie, sinon détruite, s'il tombait sous le coup de cette disposition !

L'alternative posée par cet article entre le terme spécial d'exploit, et celui, général, d'acte de procédure laisse au contraire penser que le mot exploit vise les actes émanés des officiers ministériels, et spécialement des huissiers, tandis que le mot acte de procédure s'applique à tous les autres actes en général.

Si nous abandonnons d'ailleurs ces arguments de texte mesquins pour une vue plus large, nous constatons immédiatement que cet article 1030 est inséré dans un titre final séparé, intitulé « Dispositions Générales ». Il est permis de penser que celles-ci s'appliquent aux actes des juges comme à

ceux des officiers ministériels, alors surtout que le mot « acte de procédure » est employé dans l'alinéa premier sans qualificatif restrictif.

La Jurisprudence est d'ailleurs dans notre sens, qui applique l'alinéa premier de cet article, sous la formule : « pas de nullité sans texte », à tous les actes émanant d'un juge, et qui n'admet au contraire la nullité sans texte que lorsque celle-ci est substantielle (Aix, 23 novembre 1910, S. 12. 2. 161 — Cass. 3 février 1913, S. 13. 1. 312).

La vérité, c'est que les principaux actes du juge, émanation par excellence de la volonté du « Pouvoir Judiciaire », sont à raison de leur nature même soumis à un régime spécial, différent de celui des autres actes de procédure. Notamment, jugements et ordonnances, ne peuvent être attaqués que par des moyens spéciaux : les voies de recours. C'est la vieille maxime : « Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements ».

Quant aux actes d'instruction du Juge, comme le procès-verbal d'enquête, ils ne sont pas, à raison de leur nature, assujettis aux mêmes formes que les actes émanant des officiers ministériels.

Aussi peut-on très bien prendre le terme « actes de procédure » dans le sens strict du mot, en n'appliquant ce terme qu'aux actes des officiers ministériels. Il n'en reste pas moins que les actes du juge sont des actes de procédure au sens large du mot, des actes de procédure d'une essence spéciale certes, mais des actes de procédure tout de même (1).

Telle est d'ailleurs la solution du droit italien. Le livre premier du récent Code de procédure italien (décret du 28 octobre 1940), dont nous reparlerons plus loin, range les jugements sous un titre 6 intitulé : « Des actes de procédure ». Les jugements sont traités dans la section 3 du premier chapitre de ce titre : « De la forme des actes ». Le chapitre numéro 3 « De la nullité des actes » consacre les articles 158 et 161 aux jugements.

2. — Délimitation du sujet

Pour nous, les actes de procédure comprennent donc à la fois : actes du juge et actes des officiers ministériels, mais, comme ces deux catégories d'actes sont soumis à des régimes différents dont l'étude nous entraînerait

(1) Une nombreuse jurisprudence des Cours d'Appel, confirmée par un Arrêt de la Chambre des Requêtes du 18 février 1846 (D. 46. 1. 134) assimile même le jugement d'adjudication sur saisie immobilière à un acte de procédure stricto sensu, en déclarant qu'il est « moins un jugement qu'un procès-verbal » et en ouvrant contre lui la voie de l'action principale en nullité, contrairement à la règle « Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements ».

trop loin, nous serons obligés de nous limiter, et notre thèse ne portera que sur les actes de procédure émanés des officiers ministériels.

Encore ne traiterons-nous pas des actes des greffiers que nous avons rattachés dès le début de cette introduction aux actes des Juges.

Nous circonscrivons donc nos recherches au domaine des actes de procédure proprement dits, des actes de procédure « stricto sensu » : actes émanés des avoués et des huissiers, et en matière civile seulement.

3. — L'acte de procédure est un acte juridique

Or, l'examen de la définition que nous avons donnée plus haut des actes de procédure nous révèle immédiatement le caractère volontaire de ceux-ci : l'acte de procédure a pour objet « la mise en œuvre d'un droit ». C'est donc un acte volontairement accompli par son auteur dans un but déterminé. A ce titre, l'acte de procédure constitue donc un acte juridique proprement dit correspondant à la définition donnée par Capitant des actes juridiques proprement dits en Droit Privé : « les actes volontairement accomplis par l'homme, avec l'intention d'engendrer, de modifier ou d'éteindre des droits ». Pour appliquer cette heureuse formule au « Droit Judiciaire », à la procédure civile, il suffit de la compléter en ajoutant : «...ou avec l'intention de mettre en œuvre des droits ». Et l'acte de procédure, acte juridique, apparaît alors comme une manifestation de volonté unilatérale, avec l'intention de mettre en œuvre un droit.

Les actes de procédure semblent ainsi devoir se rattacher à la théorie générale des actes juridiques. Or, celle-ci soumet la validité de tout acte juridique à des conditions de fond qui sont :

- 1^o) la manifestation de volonté non viciée (absence de dol, d'erreur ou de violence),
- 2^o) une cause,
- 3^o) un objet,
- 4^o) la capacité de l'auteur de l'acte.

Nous verrons, dans le Titre préliminaire, dans quelle mesure ces conditions de fond s'appliquent à l'acte de procédure et si celui-ci n'est pas soumis à des conditions spéciales de fond en raison de sa nature propre. Enfin, la loi a soumis, malgré le principe de la libre manifestation de la volonté, certains actes juridiques et notamment les actes de procédure à des règles de forme qui, comme nous le verrons plus loin, ont pour but, dans le domaine du Droit judiciaire, de protéger les parties et de faciliter la bonne administration de la justice.

En résumé, pour être valable, un acte de procédure devra satisfaire à un certain nombre de conditions de fond et de conditions de forme déterminées.

4. — Double sens du mot acte

Suivant que cet acte de procédure sera envisagé sous l'angle de ses conditions de fond, ou de ses conditions de forme, le mot acte devra être pris dans le sens de l'opération juridique réalisée, du « negotium », ou dans celui de l'écrit dressé pour constater cette opération, de l'« instrumentum ». Le mot acte désigne donc à la fois l'opération volontaire qui a pour but de mettre en œuvre un droit, et les formalités matérielles de l'écrit rédigé pour la constater.

5. — Les nullités, sanction des conditions de fond ou de forme

Mais la procédure, avons-nous dit, est avant tout « la mise en œuvre active et pratique du Droit ». Pour qu'elle atteigne donc le but auquel elle vise, il faut qu'elle fasse respecter les conditions de fond et de forme auxquelles elle soumet les différents actes qui la constituent. Il faut qu'elle munisse ces conditions de sanctions. C'est dans ce dessein que la loi a édicté les nullités qui sont la sanction de la violation ou de l'absence de ces conditions de fond ou de forme, et que l'on distingue pour cette raison en nullités de fond et nullités de forme.

6. — Plan de la thèse

Notre ouvrage comprendra un titre préliminaire dans lequel nous traiterons les conditions de validité des actes de procédure en général, nous définirons les nullités et donnerons sur elles les notions générales indispensables. Puis, dans une première partie, nous consacrerons une étude au système des nullités du Code de Procédure Civile (jusqu'à la loi du 12 janvier 1933). Dans une deuxième partie, nous analyserons le système actuel des nullités, tel qu'il résulte de ladite loi et du décret du 30 octobre 1935. Dans tout le cours de cet exposé, nous nous efforcerons d'indiquer les solutions des législations étrangères (Allemagne, Angleterre, Italie, principalement) si bien que notre conclusion nous permettra de donner une appréciation du système français des nullités de procédure, par rapport au droit comparé.

TITRE PRÉLIMINAIRE

Notions générales sur les conditions de validité et les nullités des actes de procédure

CHAPITRE PREMIER

Les conditions de validité des actes de procédure

7. — L'étude des conditions de validité, préliminaire nécessaire à celle des nullités

Nous venons de dégager le caractère essentiel de l'acte de procédure : l'élément volontaire, qui le qualifie parmi les actes juridiques proprement dits. Or, nous avons vu que la validité de tout acte juridique est subordonnée à des conditions de fond et aussi, malgré le principe de l'autonomie de la volonté, à des conditions de forme.

Il nous faut maintenant déterminer quelles sont les conditions de fond nécessaires à l'existence d'un acte de procédure et en quoi elles se rattachent à la théorie générale des actes juridiques. Ce sera l'objet d'un paragraphe premier. Puis, dans le paragraphe suivant, nous étudierons les raisons pour lesquelles la loi a, par exception, subordonné l'acte de procédure, acte juridique, à de multiples règles de forme dont nous indiquerons les principales.

A l'issue de ce chapitre, nous aurons posé les règles générales de fond et de forme des actes de procédure et déterminé leurs caractères essentiels, ce qui nous permettra d'aborder plus facilement l'étude des nullités, lesquelles, ne se concevant que lorsqu'il y a eu violation d'une de ces règles, n'existent donc qu'en fonction de celles-ci.

8. — Paragraphe 1^{er} : Conditions de fond

Et d'abord que signifie ce mot : « fond » ? — D'après le « Vocabulaire Juridique » de Capitant, le fond d'un acte juridique c'est « ce qui a trait

à l'essence et à la nature intrinsèque d'un acte juridique ». Les conditions de fond d'un acte juridique sont donc celles qui se rapportent à son essence et à sa nature et sans lesquelles un élément essentiel à l'acte fait défaut (1).

Au début de l'introduction, nous nous sommes appliqué à montrer que la procédure est la résultante d'un ensemble d'actes juridiques : les actes de procédure. Or, la procédure ne peut continuer sa marche en avant d'échelon en échelon, d'acte en acte qu'autant que les conditions d'exercice de l'action persistent et sont remplies à propos de chacun de ces actes. Si l'une des conditions d'exercice de l'action venait à disparaître en cours d'instance, il est évident que, l'action ne pouvant plus être exercée, la procédure s'arrêterait automatiquement et que tout acte de procédure fait malgré cette disparition serait sans effet.

Il apparaît donc que les conditions d'exercice de l'action doivent être appliquées comme conditions de fond à chacun des actes d'une procédure, séparément, puisque l'acte de procédure est le moyen d'exercer l'action, tout comme l'action est le mode d'exercice du droit.

On ne les trouve cependant nulle part énoncées dans le Code de Procédure Civile, car la théorie de l'action est une construction d'origine purement doctrinale et jurisprudentielle. Auteurs et praticiens sont généralement d'accord pour fixer à quatre le nombre des conditions de l'exercice de l'action.

Ces conditions sont invariables, quel que soit l'acte de procédure à effectuer. Ce sont :

1^o) le droit, 2^o) l'intérêt, 3^o) la capacité, 4^o) la qualité.

Elles ont souvent été, nous le verrons, confondues faute d'avoir été sérieusement étudiées.

1^o) *Le droit*. — L'exercice d'une action, et par voie de conséquence l'accomplissement d'un acte de procédure supposent nécessairement à la base l'existence d'un droit. C'est la maxime : « Pas de droit, pas d'action ».

Comme nous l'avons vu, l'acte de procédure est une « mise en œuvre » et, comme le dit Monsieur Japiot, « cela suppose que l'on a quelque chose à mettre en œuvre et ce qui est mis en œuvre ne peut être qu'un droit ». Le droit, fondement de l'action, implique donc que la mise en œuvre du droit est l'objet de l'acte de procédure.

Il faut naturellement :

a) que ce droit soit régulièrement constitué, c'est-à-dire qu'il satisfasse aux

(1) Nous verrons plus loin (n^o 63) que certaines conditions de forme des actes sont tellement substantielles pour la validité de ceux-ci qu'elles sont assimilées aux conditions de fond.

conditions de fond et de forme qui lui sont propres. La nullité de fond ou de forme du droit lui-même entraînerait automatiquement la nullité de fond de l'acte de procédure ;

- b) que son existence ne soit pas suspendue par une condition non encore accomplie ;
- c) que son exercice ne soit pas suspendu par un terme non échu ;
- d) qu'il ne soit pas prescrit ;
- e) que son exercice ne soit pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. C'est ce qui ressort de l'étude de la jurisprudence lorsqu'elle applique la maxime : « *Nemo auditur propriam allegans turpitudinem* ».

2°) *L'intérêt*. — Mais, pour que l'action puisse être exercée, il faut, outre l'existence d'un droit, celle d'une autre condition préalable que l'on nomme : « l'intérêt ». « Pas d'intérêt, pas d'action. » Cet intérêt peut être pécuniaire ou moral, individuel ou collectif, mais il doit toujours être « né et actuel » et non pas seulement éventuel. Autrement dit, comme l'écrit Monsieur Solus, « la protection judiciaire n'est accordée que si l'on peut démontrer que l'on retirera de l'exercice de l'action une certaine utilité, un certain avantage pratique ; le plus souvent, cette utilité et cet avantage se mesureront au préjudice, au dommage subi par celui dont le droit a été violé ou méconnu et qui intente l'action ».

Or, nous avons vu que tout acte juridique est une manifestation de volonté faite dans un but déterminé. En effet, toutes les fois qu'une personne fait un acte juridique, elle le fait « en vue d'un but immédiat », direct, qui la détermine à accomplir cet acte et qui sera toujours le même pour un type d'actes déterminé. C'est ce but que les causalistes appellent « la cause » et qui constitue l'élément essentiel de la manifestation de volonté de celui qui accomplit l'acte juridique. Il nous semble ici évident que le but immédiat de l'acte de procédure, c'est d'obtenir la réparation ou la cessation du dommage subi, et, en tout cas, le respect ou la reconnaissance du droit violé ou méconnu. La cause de tout acte de procédure, c'est donc « l'intérêt » que l'on a dans l'accomplissement de cet acte afin de mettre en œuvre son droit.

De même que les conditions nécessaires à l'existence de l'acte juridique sont l'objet et la cause, de même les conditions nécessaires à l'existence de l'acte de procédure sont : « le droit » ou, plus exactement : la mise en œuvre du droit (objet de l'acte de procédure) et « l'intérêt » (cause de cet acte) et, selon la doctrine et la jurisprudence modernes, ces conditions d'existence, lorsqu'elles viennent à faire défaut à l'acte juridique, entraînent la nullité absolue de l'acte. Il y a donc lieu de frapper aussi de nullité

absolue l'acte de procédure auquel l'existence du droit ou de l'intérêt fait défaut.

3°) *La capacité.* — Par contre, conformément à la distinction rationnelle de la doctrine moderne, la capacité n'est pas une condition d'existence de l'acte mais seulement une condition de validité, au sens strict du mot, qui, en cas de défaut, n'entraîne que l'annulabilité de l'acte fait par l'incapable seul. La nullité devrait donc être ici relative puisque seule la personne dans l'intérêt de laquelle cette nullité a été édictée pourra s'en prévaloir et faire annuler l'acte.

Nous verrons cependant dans notre deuxième partie que cette nullité présente certains aspects de l'ordre public (v. infra n° 64 et 65) qui la font assimiler à une nullité absolue parce que le législateur juge qu'elle doit être respectée en dépit d'autres principes ou d'autres intérêts moins importants (v. infra n° 16).

Il faut bien noter qu'il ne s'agit ici que de l'incapacité d'exercice. Au contraire, l'incapable a la pleine capacité de jouissance, ce qui veut dire que l'acte de procédure accompli pour lui par son mandataire légal produira à son égard tous ses effets, en bien comme en mal. Mais il ne pourra pas accomplir valablement seul cet acte, sauf s'il renonce ensuite à en invoquer la nullité.

4°) *La qualité.* — Les trois conditions que nous venons d'étudier rapidement sont, nous venons de le voir, en concordance parfaite avec les trois conditions nécessaires à la formation de tout acte juridique : l'objet, la cause, la capacité. Nous trouvons en outre pour l'acte de procédure une condition supplémentaire qui est tout à fait spéciale à cette matière : la « qualité ».

La qualité, c'est le titre auquel on figure valablement dans une procédure.

Evidemment, le ou les titulaires du droit litigieux figurent valablement dans l'instance puisque celle-ci a pour objet la « mise en œuvre » de ce droit et qu'ils sont bien les principaux intéressés à la solution du différend. Il en est de même de leurs héritiers ou de leurs successeurs universels pourvus de la saisine ou envoyés en possession lesquels continuent leur personne.

Mais il est d'autres individus qui ont « qualité » pour agir en justice, en demande ou en défense. Ce sont : le représentant légal du titulaire du droit litigieux (tuteur, par exemple), ou son représentant conventionnel (mandataire ad litem) et enfin certaines personnes qui y sont habilitées en vertu de dispositions exceptionnelles de la loi, comme les créanciers exerçant l'action oblique de leur débiteur en vertu de l'article 1166 du Code

civil, ou le contribuable d'une commune qui peut, à ses risques et périls, intenter une action appartenant à la commune dans certaines circonstances déterminées (article 123 de la loi du 5 avril 1884, modifié par celle du 8 janvier 1905), ou le fonctionnaire agissant au nom d'une personne morale administrative (préfet par exemple).

Nous pourrions donc définir plus complètement la qualité : le fait par une personne d'être comprise dans le cercle des individus qui ont la faculté légale d'agir en justice, comme demandeur ou comme défendeur, soit à raison du droit litigieux lui-même (titulaires du droit ou ceux qui se prétendent tels et leurs héritiers), soit à raison d'un pouvoir de représentation conventionnel (mandataire ad litem) ou légal (représentant d'un incapable), soit à raison d'une disposition formelle de la loi (créanciers de l'article 1166 du Code civil, etc.).

Comme l'écrit Monsieur Japiot : « étant supposé qu'on a la certitude, dans les circonstances de fait où l'on se trouve, qu'un droit muni d'action est né et qu'un intérêt suffisant est en jeu, mais étant donné qu'on ne sait pas a priori quelles sont exactement les personnes au profit desquelles les circonstances ont fait naître la faculté de former une demande, il y a lieu de déterminer individuellement ces personnes ».

C'est ce fait de détermination individuelle qui constitue la qualité. Celle-ci, toujours selon Monsieur Japiot, serait donc la question de « l'existence subjective d'une action dont l'existence objective est certaine ».

Nous avons vu que les conditions d'existence objective de l'acte de procédure : droit, intérêt, devraient logiquement être sanctionnées par une nullité absolue. La qualité au contraire, tout comme la capacité, est une condition de validité subjective de l'acte et, en tant que telle, ne devrait être en principe sanctionnée comme celle-ci que par une nullité relative.

Mais ici, il y a une distinction à faire. Quand un individu qui agit en justice n'est certainement pas le vrai titulaire du droit qu'il prétend mettre en œuvre, en cette qualité, ou lorsque, titulaire réel du droit, il n'a pas intérêt à agir, alors, par voie de conséquence, cet individu n'a pas qualité et l'acte ne sera pas valable à la fois pour défaut de droit et de qualité ou pour défaut d'intérêt et de qualité. Dans les deux cas, le défaut de qualité n'est qu'une résultante accessoire et la nullité qui en découle doit suivre le caractère de celle, principale, qui sanctionne le défaut de droit ou le défaut d'intérêt. Cette nullité est donc aussi absolue.

Tout autre est le cas d'un individu qui exerce par représentation, en vertu d'un pouvoir donné, une action qui ne lui appartient pas en propre : mandataire légal ou conventionnel, personne dûment autorisée par une loi

spéciale. Son défaut de qualité a moins d'importance que dans les cas précédents, parce que les conditions de l'existence objective de l'acte sont cependant remplies. Si donc l'adversaire conclut au fond en première instance sans soulever le défaut de qualité, celui-ci est couvert et ne peut plus être invoqué en appel. C'est ce qui ressort de certaines décisions des Cours d'Appel entre 1840 et 1908 (2). C'est aussi ce qui pourrait résulter de notre interprétation du nouvel article 192 du Code de Procédure Civile auquel nous reviendrons dans notre deuxième partie.

Dans ce cas, la nullité tirée du défaut de qualité est certainement relative puisque l'acte nul peut être confirmé par une acception présumée de l'adversaire, laquelle résulte de ses conclusions pures et simples au fond. Un exemple fixera d'ailleurs ce point : une société anonyme intente un procès à un tiers à la requête d'un seul de ses administrateurs. Celui-ci n'a pas qualité pour représenter seul la société. Mais, si l'adversaire n'oppose pas ce défaut de qualité en première instance et conclut au fond, il ne pourra plus opposer le défaut de qualité en appel, car ce serait moyen de pure chicane qu'il utiliserait dès qu'il s'estimerait lésé par le jugement du tribunal du premier degré. A l'inverse, si un individu assigne une société anonyme en la personne d'un seul de ses administrateurs, la société ne pourra plus opposer le défaut de qualité de son administrateur pour la même raison, si elle conclut purement et simplement au fond.

Tout ce que nous venons de dire sur la qualité ne doit être considéré que comme principes généraux souples qui devront être adaptés à chaque cas d'espèce (3), car il n'est pas de notion juridique plus diverse et plus

(2) Lyon 4 juin 1841 D. 41. 2. 222 en cas d'assignation lancée par un mari en qualité de mandataire de sa femme. Paris 22 mars 1894 Gaz. Trib. 20 septembre 1894, en cas d'action de la faillite exercée par un syndic avec l'autorisation du Juge-commissaire, mais celle-ci n'étant pas constatée par ordonnance.

(3) C'est d'ailleurs ce que fait la Jurisprudence. Ainsi un arrêt de la Chambre des Requêtes du 12 février 1894 (S. 94. 1. 485) a déclaré irrecevable l'exception opposée pour la première fois en appel, par un locataire à la demande en résiliation du bail avec dommages-intérêts formée par deux co-propriétaires et tirée de ce que l'un d'eux n'avait pas été partie au bail. La note au bas de cet arrêt explique assez bien la raison de cette décision : « Le fait que le demandeur non partie au contrat aurait été écarté du procès n'aurait pas mis fin au litige, l'autre pouvant toujours agir contre le preneur tant en son nom qu'au nom du communisme ratifiant l'acte par lui passé. Rien de plus logique que de traiter alors la fin de non-recevoir (tirée du défaut de qualité du co-propriétaire non partie au contrat) comme une exception ordinaire : le défendeur ayant accepté le débat, conclu et plaidé au fond contre ses deux adversaires, l'abandon du moyen de procédure dont il pouvait se prévaloir est facile à présumer. »

fuyante que celle de la qualité. C'est ainsi que l'on contestera souvent à tort à une personne la qualité, alors qu'il faudrait lui contester avant tout l'existence de son droit (voir en ce sens Alger 16 juin 1856 D. 56. 2. 251, arrêt qui considère comme une fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité le fait que le demandeur en nullité d'un testament se prétend à tort successible du testateur), ou lui contester l'existence d'un intérêt suffisant. Cette confusion de la qualité avec le droit ou avec l'intérêt (4) provient le plus souvent de ce que l'on oublie ce que nous avons signalé plus haut, à savoir que le défaut de qualité n'est qu'une résultante accessoire du défaut de droit ou d'intérêt dans le cas de l'accomplissement d'un acte de procédure par le titulaire même du droit litigieux, et de ce que l'on place à tort la qualité avant le droit ou l'intérêt. La proposition : « pas de droit, pas de qualité » ou « pas d'intérêt, pas de qualité » est exacte alors que celle : « pas de qualité, pas de droit » ou « pas de qualité, pas d'intérêt » est fausse. Enfin, la qualité est quelquefois difficile à distinguer de la capacité : d'une façon générale, on pourra dire qu'il y a question de capacité lorsqu'un droit muni d'action étant reconnu à un incapable, l'incapable agit seul sans l'assistance de son représentant légal alors que, si c'est le représentant qui agit, la question qui se pose est une question de « pouvoir », qui rentre dans le domaine de la qualité.

Pour achever l'étude de la qualité, il reste à dire deux mots de la règle : « En France, nul ne plaide par procureur. » Cette règle se relie à la question de savoir dans quelles conditions une personne peut avoir qualité pour exercer, en vertu d'un pouvoir de représentation, une action qui ne lui appartient pas en propre. Cette règle, que l'on ne trouve nulle part dans le Code de procédure civile, et que certains continuent à considérer comme étant une règle de fond (il en était ainsi à l'origine où la représentation en justice était interdite, puis sous la Monarchie, qui reprit

(4) Voyez en ce sens la très intéressante étude de Monsieur Morel dans son *Traité élémentaire de procédure civile* n° 27 ; cet éminent auteur ramène les conditions de l'action à une seule condition générale de recevabilité : l'intérêt (cf. le titre 4 du livre 1^{er} du nouveau Code de Procédure italien : « De l'exercice de l'action ». Art. 99 : « Celui qui veut faire valoir un droit en justice doit introduire la demande devant le Juge compétent. » Art. 100 : « Pour introduire une demande ou pour y défendre, il est nécessaire d'avoir *intérêt* »). Après avoir marqué qu'il ne faut pas confondre qualité et intérêt, il ajoute : « en d'autres termes, on peut dire que celui qui agit doit avoir qualité ou qu'il doit avoir un intérêt direct et personnel, les deux expressions sont équivalentes. » Telle n'est pas notre opinion, car le tuteur, par exemple, a qualité pour agir puisqu'il agit *ès qualités*, mais il n'y a pas intérêt. C'est le mineur qui y est intéressé.

la maxime à son profit, mais dans l'unique but d'obliger les seigneurs à figurer en nom dans la procédure à côté de leur mandataire quand ils demandaient justice au Roi, afin de leur rappeler que le Roi était bien le souverain maître de la Justice), cette règle nous semble bien plutôt être devenue une condition de forme (5), puisqu'elle signifie seulement aujourd'hui que tout mandant doit figurer en nom à côté de son mandataire dans tous les actes de la procédure, afin que l'adversaire n'ait aucun doute sur la personnalité de celui qui le traduit en justice. Quoi qu'il en soit, cette règle est toujours considérée comme n'étant pas d'ordre public : l'intéressé peut y renoncer (Paris 10 novembre 1894, Droit 23 novembre 1894 et Rouen 18 novembre 1897, Gaz Trib. 2^e p. 98. 1. 273) ; seul l'adversaire de celui qui plaide par procureur peut opposer cette règle, qui ne peut pas être soulevée d'office par le Juge (Cass. 9 février 1921, D. P. 24. 1. 110). Elle n'est donc sanctionnée que par une nullité relative (6).

Il nous resterait, pour terminer l'étude des conditions de fond proprement dites des actes de procédure, à parler des vices de la manifestation de volonté de celui qui accomplit l'acte de procédure : erreur, dol et violence. Mais, s'ils peuvent à la rigueur se concevoir théoriquement, la Jurisprudence n'en fournit aucun exemple pratique. En effet, l'erreur ou le dol ne peuvent vicier un acte de procédure qui est accompli pour les parties par des officiers ministériels particulièrement expérimentés. Enfin, on n' imagine pas une violence exercée sur une partie pour l'obliger à accomplir un acte de procédure puisqu'en fin de compte c'est l'officier ministériel qui

(5) Voyez sur cette question la thèse de M. Daniel Thielland : « Des nullités de forme de l'exploit d'ajournement », ouvrage cité p. 56, dans laquelle l'auteur soutient que la violation de cette règle entraîne deux sortes de nullité, toutes deux d'intérêt privé : une nullité de forme de l'acte (au sens d'instrumentum), soumise à l'article 173 Code de procédure civile, et une nullité de fond de l'acte (sens de negotium) puisqu'« il n'était en effet pas permis au mandant de charger valablement le mandataire de prendre sa place ». Et l'auteur conclut : « Le mandataire n'a pas *qualité* pour plaider au procès », parce que son mandat est nul.

(6) Mais la jurisprudence est assez confuse sur ce point : si un arrêt de la Cour d'Appel de Rennes du 28 janvier 1902 (Gaz. Palais 1902. 1. 307) a déduit logiquement du principe que la règle n'est pas d'ordre public que celle-ci « doit être opposée *in limine litis* », un arrêt de la Chambre Civile du 17 avril 1866 (D. 66. 1. 317) et un arrêt de la Cour d'Appel de Pau du 23 décembre 1908 (D. 1909. 2. 116) ont jugé que la règle pouvait être opposée « en tout état de cause même après la défense au fond et pour la première fois en appel ». Cependant, deux arrêts de la Cour de Cassation (27 janvier 1890 ; Gaz. Pal. 90. 1. 440, et 9 février 1921 D. P. 24. 1. 110) ont admis que si la règle n'a pas été invoquée « ni en première instance ni en appel », elle ne peut l'être pour la première fois devant la Cour de Cassation.

accomplira l'acte pour la partie et qui pourra par suite le lui déconseiller et même se refuser à le faire.

En tout cas, l'appareil même de la justice, avec ses formes que nous allons maintenant étudier et l'élément pacificateur apporté par les juges, bannit toute possibilité de violence.

9.- Paragraphe 2 : Conditions de forme

Nous avons bien insisté sur l'élément essentiel de tout acte juridique : la volonté de son auteur. Mais pour que la volonté apparaisse aux yeux des tiers, il faut nécessairement qu'elle se formule extérieurement par une déclaration qui en manifeste la réalité. C'est ici qu'intervient le grand principe de l'autonomie de la volonté qui régit l'ensemble de la matière des actes juridiques. Le nouveau Code de procédure italien en pose le principe dans une formule particulièrement heureuse de son article 121 intitulé « Liberté de la forme » : « Les actes de procédure pour lesquels la loi ne requiert aucune forme déterminée peuvent être rédigés dans la forme la plus propre à atteindre le but qu'ils se proposent » (titre 6 : Des actes de procédure, livre 1^{er}). Qu'on ne s'étonne pas de ne pas trouver ce principe posé en règle générale dans notre législation puisque celle-ci ne contient même pas une théorie générale des actes juridiques, laquelle a dû être dégagée par les efforts de la doctrine. On en trouve cependant une application dans les articles 1134 et 1387 de notre Code Civil. Ce principe signifie que la simple déclaration de volonté, *quelle que soit la façon dont elle se manifeste*, produit les effets juridiques voulus par l'auteur de l'acte.

Mais à peine le principe est-il dégagé que toute une série d'exceptions vient en restreindre considérablement la portée. Même dans le domaine des obligations qui est considéré comme le plus libéral et le moins formaliste de notre Droit, il est un article, l'article 1341 du Code Civil, qui défend de faire la preuve des actes juridiques dont la valeur excède 500 francs autrement que par écrit, ce qui revient à dire que ces actes juridiques sont sans effet en cas de contestation, s'ils ne satisfont pas à une condition de forme : celle de leur rédaction. En ce qui concerne les actes de procédure, c'est ce principe même qui est renversé : la forme devient la règle et la libre déclaration de volonté l'exception.

10.- Appréciation du formalisme

A quelle nécessité correspond donc le formalisme de la procédure, telle est maintenant la question à laquelle nous allons essayer de répondre.

Il est certain que le formalisme se rencontre à l'origine de toutes les législations. Spécialement, en procédure, il trouve son fondement historique dans deux faits : 1) la nécessité d'humaniser le combat judiciaire,

2) l'imperfection originaire du langage.

A l'origine des sociétés, les hommes ne connaissaient qu'une façon de sanctionner ce qu'ils croyaient être leur droit : le recours à la force, la vengeance stupide et brutale. Tel qui s'estimait lésé par son voisin l'attaquait sans le prévenir, sans... autre formalité de procès ! Ce système était parfait en cas de succès, mais, par contre, le perdant le payait souvent de graves blessures et même de sa vie. Aussi, comme on trouve toujours plus fort que soi, les hommes sentirent la nécessité de tempérer ces attaques bestiales au moyen d'un petit nombre de règles dont les principales furent naturellement les suivantes : 1^o) prévenir l'adversaire qu'il allait être attaqué par un défi en combat singulier ; 2^o) faire arbitrer ce combat par un tiers digne de confiance et impartial, susceptible d'imposer une certaine loyauté aux deux adversaires en présence et d'arrêter en tout cas ce duel avant son issue fatale. Ces deux règles constituent l'origine de la citation en justice, d'une part, et de l'existence des Tribunaux, d'autre part. Les adversaires se trouvèrent très bien de ce minimum de formes et, comme les mœurs s'adoucissaient et qu'il apparaissait de plus en plus comme inutile et barbare de se battre entre gens du même clan ou de la même race, on adapta les formes à une solution pacifique des différends, en supprimant tout recours à la force, sinon à celle du pouvoir public.

Les vestiges guerriers du recours à la force subsistèrent cependant longtemps dans la procédure : ainsi dans le droit des « legis actiones » au cas d'une action réelle exercée par le « sacramentum », demandeur et défendeur, armés chacun d'une lance de bois (vindicta, festuca ou hasta), faisaient le geste de la placer sur la chose litigieuse (imponere hastam), double appréhension matérielle de la chose qui figurait le combat primitif (manuum consertio) ; même dans la terminologie, agir en justice se traduit par l'expression « agere lege » (7), alors que combattre se dit « agere gladio », ce qui peut laisser supposer que, lorsque le recours à la force primitif eut été supprimé par l'institution du recours devant un Tribunal, on garda le mot agere, verbe passe-partout (à l'image du verbe anglais : to get), en remplaçant le mot « glaive » par le mot « loi ».

Mais une autre difficulté survint alors : l'imperfection du langage des premiers hommes. (Voir « L'Esprit du Droit Romain » de Ihering, traduit par

(7) Gaius, Institutes IV, t. 3.

Meulenaere.) Devant leur « impuissance à penser et à parler d'une manière abstraite », ils trouvèrent dans le formalisme « un pis aller pour l'esprit à la recherche de l'expression ». Incapables de reconnaître et de déterminer la volonté juridique dans son fond, dans son essence, ils la fixèrent dans des formules rigides dont le type est resté celle de la *mancipatio* du Droit Romain : « *Hunc ego hominem esse meum ex jure Quiritium* »...

L'uniformité et la permanence de ces formules plurent à la traditionnelle paresse de l'esprit humain, et chacun prit l'habitude de ne considérer comme obligatoire que l'acte juridique formel. Selon l'heureuse expression de Ihering, la forme fut considérée comme « le sceau de la volonté juridique arrêtée ». D'où, la multiplication abusive des formes, qui aboutit à la prédominance donnée à la forme sur le fond : « la forme emporte le fond », scandale dénoncé par les meilleurs esprits de tous les temps depuis Marot (*L'Enfer*) (8) et Rabelais (*Pantagruel*) (9) jusqu'à Molière (*Le Misanthrope*) (10). Scandale tel que Beaumarchais le stigmatise dans le dialogue célèbre de Bridoison et de Figaro : Bridoison — « On — on doit remplir les formes » — Figaro : « Assurément, Monsieur, si le fond du procès appartient aux plaideurs, on sait bien que la forme est le patrimoine des Tribunaux » (*Le Mariage de Figaro*, acte III, scène 13).

Mais Beaumarchais vivait au XVIII^e siècle et l'on était déjà loin de l'imperfection originaire du langage. La langue avait atteint à sa perfection et, surtout depuis Descartes, l'abstrait était facilement conçu, en pensées et en paroles. Cependant, le formalisme subsistait malgré la disparition de ses causes premières, comme il subsiste encore. C'est que son fondement philosophique est éternel : le besoin d'un ordre social stable et continu. Et ce besoin se traduit par deux maximes du Droit naturel, qui sont les bases essentielles du Droit Judiciaire :

- 1) « Nul ne peut se rendre justice à soi-même », ce qui implique l'intervention d'un juge auquel on soumet le litige,
- 2) « Nul ne peut être condamné s'il n'a pas été mis en mesure de présenter sa défense », ce qui implique des garanties pour la personne appelée en justice.

De cette dernière règle découlent en effet toutes les formes des actes de

(8) « Et bien souvent par cautelle subtile
Tort bien mené rend bon droit inutile. »

(9) « Davantage, vous scavez trop mieux que souvent en procédures judiciaires les formalitez destruisent les matérialitez et substances, car « *forma mutata, mutatur substantia* ».

(10) « J'ai pour moi la justice et je perds mon procès. »

procédure et principalement celles de la citation en justice. Les formes qui entourent la demande en justice sont autant de garanties pour le défendeur qui, grâce à elles, sera appelé régulièrement devant le tribunal compétent, aura les moyens et le temps de présenter sa défense, et d'une façon générale, sera efficacement protégé contre la déloyauté de l'adversaire. Mais de plus, les formes qui s'imposent au juge lui-même préserveront chacun des deux plaideurs de la partialité et de l'arbitraire possibles de celui-ci.

S'il est exact que la forme répond à une nécessité due à la vie en société, comment se fait-il qu'elle trouve ses détracteurs parmi les membres mêmes qui composent cette société ?

Une première raison vient de son emploi abusif que nous avons signalé plus haut et qui a amené naturellement une réaction tout aussi exagérée en sens contraire.

Les autres causes proviennent des inconvénients naturels qui lui sont inhérents : son incommodité et son danger.

La forme est inconmode parce qu'elle « ne tolère pas, comme l'écrit Ihering, le laisser-aller dans l'expression de la volonté que comporte l'absence de formes ». Il faut accomplir exactement la formalité exigée par la loi si l'on veut que l'acte juridique soit valable, d'où une lourdeur et une lenteur qui entravent la marche des procès. Enfin, la forme est dangereuse parce que, toujours selon Ihering, « elle exige qu'on la connaisse exactement ; elle punit d'une peine sensible l'ignorance, l'inattention, la maladresse, la légèreté ». Il est évidemment très regrettable qu'à cause d'un simple vice de forme un plaideur puisse échouer dans sa demande, alors qu'au fond sa prétention est justifiée, mais, le plus souvent, cet inconvénient n'est pas aussi grave qu'on veut bien le dire. Toutes les formalités ne sont pas en effet prescrites à peine de nullité et, nous le verrons plus loin, la prononciation de la nullité est aujourd'hui subordonnée à la preuve du préjudice que cause au plaideur qui l'invoque l'inobservation de la formalité voulue par la loi. Enfin, l'ignorance et l'inexpérience des plaideurs sont atténuées par l'assistance obligatoire de techniciens appelés : « officiers ministériels ».

Par contre, les inconvénients du formalisme sont largement compensés par ses avantages : 1^o) protection contre l'arbitraire (question traitée plus haut), 2^o) clarté, 3^o) existence de la preuve ultérieure de l'acte.

La clarté de la forme est évidente car elle manifeste parfaitement le caractère juridique des actes, si bien qu'elle permet de distinguer les actes juridiques les uns des autres. La forme est, d'après Ihering, « pour les actes juridiques ce que l'empreinte est pour la monnaie ». Dans ce système, « la manifestation de l'intention de vouloir ne présente absolument aucun

danger, elle ne court jamais le risque d'être confondue avec la volonté». La tâche du juge en est grandement facilitée puisque la présence de la forme lui permet un diagnostic juridique plus sûr et, partant, plus rapide, ce qui permet un meilleur fonctionnement de la justice.

La forme assure enfin la preuve ultérieure de l'acte, qui ne permet aucune contestation sur son existence. Elle introduit ainsi une stabilité et une continuité particulièrement nécessaires aux actes d'une procédure puisque, nous l'avons vu au début, ceux-ci découlent successivement et graduellement les uns des autres et qu'ils concourent à la résolution d'une même grave question, celle de la reconnaissance et de la sanction d'un droit.

Tout compte fait, les avantages de la forme, maniée avec mesure, l'emportent sur ses inconvénients. Et si le grand Montesquieu pouvait écrire en 1721 : « il serait assez difficile de décider si la forme s'est rendue plus pernicieuse lorsqu'elle est entrée dans la jurisprudence ou lorsqu'elle s'est logée dans la médecine » (Lettres Persanes : C), le même juriste, mûri d'une expérience plus grande, proclamait en 1748 dans son « Esprit des Lois » (livre VI, chap. 2) : « Si vous examinez les formalités de la justice par rapport à la peine qu'a un citoyen à se faire rendre son bien ou à obtenir satisfaction de quelque outrage, vous en trouverez sans doute trop. Si vous les regardez dans le rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu ; et vous verrez que les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers mêmes de la justice sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté ». C'est en somme la même appréciation de la forme que faisait Ihering dans une formule plus concise : « Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la soeur jumelle de la liberté ».

Il nous reste maintenant à examiner rapidement ces « formalités de la justice » à propos des actes de procédure pris au sens étroit du mot.

11.- Règles communes à tous les actes de procédure

Auparavant, nous allons énoncer quelles sont les règles qui sont communes à tous ces actes, exploits comme actes des avoués.

Ce sont : 1^o) la rédaction par écrit en français

2^o) la signification à l'adversaire

3^o) la nécessité de contenir certaines mentions exigées en général à peine de nullité par la loi

4^o) la nécessité de faire la preuve par eux-mêmes de leur régularité.

1^o) La loi du 2 Thermidor An II, article 1^{er}, et l'arrêté du 24 Prairial An XI, exigent en effet que tout « acte public » soit rédigé par écrit, et ce en

langue française, à peine de nullité. Ce terme d'«acte public» est général et englobe notamment tous les actes de procédure, qu'ils émanent des juges ou des officiers publics, c'est-à-dire des officiers ministériels. Cela ressort nettement de l'article 3 de la loi du 2 Thermidor An II qui ordonne la traduction devant le tribunal correctionnel de «tout fonctionnaire ou officier public, tout agent du gouvernement qui, à dater du jour de la publication de la présente loi, dressera, écrira ou souscrira, dans l'exercice de ses fonctions, des procès-verbaux, jugements, contrats ou autres actes généralement quelconques conçus en idiomes ou langues autres que la française...»

Le nouveau Code de Procédure italien contient une disposition similaire dans son article 122 : «L'usage de la langue italienne est prescrite dans tout procès». (Titre VI : Des actes de procédure, livre I^{er}.)

2^o) La signification de l'acte de procédure à l'adversaire est une règle traditionnelle qui ne fait qu'appliquer la grande maxime du Droit naturel que nous avons énoncée plus haut : «Nul ne peut être condamné s'il n'a pas été mis en mesure de présenter sa défense». Il est évident que s'il était possible d'accomplir un acte de procédure contre un tiers, à l'insu de celui-ci, ce serait retourner à plusieurs siècles en arrière et instaurer un régime d'instabilité et d'injustice dans les relations entre les hommes. Avant que de condamner un individu, il faut lui permettre de se défendre et il ne pourra se défendre utilement que s'il sait ce que l'adversaire lui reproche et lui veut, que si l'adversaire porte donc à sa connaissance l'acte qu'il accomplit contre lui. La «signification» est donc un exploit qui porte à la connaissance du défendeur tout acte de procédure que son adversaire va accomplir, accomplir ou a accompli contre lui, en lui remettant la «copie» dudit acte dont le demandeur garde l'«original».

Elle constitue une formalité essentielle pour tout acte de procédure, qu'il émane de l'huissier lui-même ou d'un avoué(11), et que l'on exprime dans l'adage latin : «Paria sunt non esse et non significari» (Ne pas être signifié vaut ne pas exister).

Cette règle traditionnelle a été consacrée par l'article 6 de la loi du 27 décembre 1923, ainsi conçu : «Tous actes judiciaires et extra-judi-

(11) Ce n'est pas seulement les actes d'avoué à avoué qui doivent être signifiés, mais tous les actes des avoués, même ceux qui s'adressent au Juge, à l'exception naturellement des placets qui ne sont que la reproduction intégrale à l'usage des Juges d'une assignation déjà signifiée à l'adversaire. Ainsi, une partie qui veut se prévaloir d'une ordonnance rendue sur requête à l'encontre de son adversaire doit d'abord signifier requête et ordonnance à celui-ci.

ciaires... devront, à peine de nullité, être signifiés par huissier ou par clerc assermenté.»

Elle se retrouve partout en droit comparé : le code de procédure allemand du 27 janvier 1877, modifié par les lois et décrets subséquents, consacre de nombreuses dispositions, dans un titre II, aux significations. Le Droit anglais exige que l'acte de procédure soit signifié personnellement au défendeur par remise d'une copie et présentation de l'original s'il demande à le voir. L'article 125 du Nouveau Code italien (section I, titre VI, livre 1^{er}) décide : « Sauf dispositions contraires de la loi, la citation, le recours... *tant dans l'original que dans la copie à notifier*, doivent être signés de la partie si elle est en justice personnellement ou par son défenseur muni d'une procuration », et son article 59 (livre 1^{er}, titre I, chap. 2) : « L'officier judiciaire exécute les notifications d'actes. » Enfin les articles 137 et suivants (livre 1^{er}, titre VI, section IV) règlent en détail les notifications.

3°) Les actes de procédure doivent, le plus souvent à peine de nullité, contenir certaines mentions essentielles que nous étudierons tout à l'heure, mais ces mentions ne sont pas soumises à des termes sacramentels : un mot équivalent peut être employé à la place de l'expression consacrée.

4°) Ils doivent faire par eux-mêmes la preuve de leur régularité en ce sens que, si une mention essentielle leur fait défaut, une autre partie de l'acte peut la suppléer, mais que cette mention ne peut pas être suppléée par les termes d'un autre acte. Ces deux dernières règles constituent la théorie des « équivalents » ou des « équipollents » que nous retrouverons dans notre première partie.

12.— Formalités propres aux exploits

Nous allons prendre comme type d'exploit : l'exploit d'assignation devant le Tribunal Civil, parce que, avec les conclusions, c'est l'acte de procédure stricto sensu le plus important, le plus important pour deux raisons. La première provient de son but : avertir le défendeur de la demande formée contre lui. Ce but répond au principe du Droit naturel que nous connaissons déjà bien : Nul ne peut être condamné s'il n'a pu se défendre. Avertir son adversaire, c'est lui apporter la garantie indispensable de son droit de défense. Nous verrons tout le long de cet ouvrage le souci incessant de la loi et du Juge pour empêcher toute atteinte aux intérêts de la défense. La deuxième découle des effets mêmes de cet acte, qui lui font mériter pleinement sa qualification d'acte juridique. Le premier effet, c'est : la création du lien juridique d'instance. Comme l'écrit Monsieur Solus :

« la demande en justice crée entre les parties un état de droit particulier, de nature procédurale, qui résulte de la mise en mouvement de l'action et qui vient en quelque sorte se superposer au rapport de droit subjectif originare qui liait les parties (rapport contractuel, délictuel ou quasi-délictuel) », mais sans le remplacer. Et ce lien juridique d'instance, qui est de nature légale, est source d'obligations : il lie le juge saisi qui doit statuer sous peine de déni de justice, il lie les plaideurs qui doivent se laisser juger selon les règles légales du Droit judiciaire. Le deuxième effet, c'est la conservation des droits du demandeur (interruption de la prescription, perpétuation de l'action par sa transmission aux héritiers) et même leur augmentation (l'exploit d'ajournement fait courir les intérêts moratoires, donne droit à la restitution des fruits de la chose revendiquée du jour de la demande, et met les risques à la charge du défendeur s'il est débiteur d'un corps certain).

Les formalités de l'exploit d'ajournement se divisent en deux groupes :

I) les formalités intrinsèques ou essentielles : elles sont de l'essence de l'exploit et consistent dans certaines mentions toutes prescrites à peine de nullité (nullité qui, nous le verrons plus loin, n'est applicable qu'en cas d'atteinte aux intérêts de la défense). Mais ces mentions, si elles ne sont pas faites dans la forme prescrite par le Code ou si elles sont incomplètes, peuvent être suppléées par des termes équivalents (théorie des équipollents).

II) les formalités extrinsèques ou secondaires qui ne sont pas de l'essence même de l'exploit d'ajournement. Celles-ci ne sont pas des parties intégrantes et nécessaires de l'acte. Aussi ne sont-elles pas toutes prescrites à peine de nullité.

I. Les formalités essentielles de l'ajournement, spécialement énumérées par l'article 61 Code procédure civile, peuvent être réparties en sept catégories : 1^o) mentions relatives à la date, 2^o) celles relatives à la personne du demandeur, 3^o) à la constitution d'avoué, 4^o) à l'huissier qui signifie l'acte, 5^o) à la personne du défendeur, 6^o) à l'objet de la demande, 7^o) au Tribunal et au délai pour comparaître.

1^o) Tout exploit d'ajournement doit porter la date de sa signification : jour, mois et an, et exceptionnellement l'heure (assignation d'heure à heure). La date permet de localiser l'acte dans le temps, alors que les autres mentions le situent seulement dans l'espace.

2^o) Le demandeur doit se faire connaître d'une manière nette et précise afin que le défendeur n'ait aucun doute sur l'identité de celui qui l'attaque et puisse préparer sa défense en conséquence. D'où, l'obligation pour le demandeur d'indiquer exactement ses nom, prénoms et domicile,

éventuellement sa profession s'il en a une, et sa qualité (mandataire légal ou conventionnel : on dit alors qu'il agit «*ès qualités*» de tuteur, mandataire ou créancier, par exemple, de telle personne) au cas où l'exercice de l'action ne lui appartient pas en propre.

3^o) Le demandeur doit se donner un représentant *ad litem* en la personne d'un avoué de son choix, d'où l'expression consacrée : «*pour lequel domicile est élu à ... (adresse), en l'étude de Me... lequel se constitue et occupera pour lui sur la présente assignation et ses suites*». C'est d'ailleurs presque toujours l'avoué qui rédigera l'exploit d'assignation, l'huissier ne faisant que le signifier, puisque l'avoué a le monopole de «*conclure*».

4^o) L'huissier qui signifie l'acte doit énoncer : ses nom, demeure et immatricule (c'est-à-dire l'indication qu'il est inscrit près de tel Tribunal), car l'ajournement n'oblige le défendeur à comparaître que s'il est cité par un huissier compétent *ratione materiae et loci*.

Il doit signer l'exploit sur les deux doubles : original et copie. Cette formalité est la seule de celles de ce groupe qui ne soit pas exigée expressément par l'article 61 C. pr. civ., mais, elle est aussi essentielle puisqu'elle seule fournit l'affirmation que l'acte a été accompli par l'officier public qui y est désigné. Cette signature est d'autant plus utile que, si elle est lisible, elle peut remplacer, en vertu de la théorie des équipollents, l'indication du nom de l'huissier.

5^o) La personne à laquelle l'exploit est signifié doit pouvoir constater que l'acte s'adresse bien à elle-même, sans aucun doute possible. D'où, l'obligation de mentionner : les noms et demeure du défendeur qui se reconnaîtra en eux, et la personne à laquelle copie de l'exploit a été laissée lorsque l'exploit a été signifié au domicile du défendeur (c'est la formalité du «*parlant à*», ainsi nommée parce que l'huissier écrit qu'il a signifié l'exploit au domicile du défendeur «*où étant et parlant à sa personne*» ou «*à une personne à son service ainsi déclaré*»). Au cas où l'exploit n'est pas signifié à la personne même du défendeur, l'article 68 C. pr. civ., al. 5, exige que la copie de l'acte soit remise sous enveloppe fermée, ceci afin d'éviter de la part du tiers qui la reçoit, toute indiscretion qui puisse porter «*atteinte aux intérêts de la défense*».

6^o) L'ajournement doit indiquer l'exposé sommaire des «*moyens*» invoqués à l'appui de la demande (lesquels sont précédés par la formule : «*attendu que...*») et «*l'objet*» de la demande (qui est toujours énoncé après la formule «*Par ces motifs...*»). L'exposé des moyens et l'objet de la demande forment un tout qui prend le nom de : «*libellé de l'exploit*».

L'objet de la demande a une portée considérable parce qu'il met le défendeur en mesure d'accepter ou de rejeter les prétentions du demandeur, permet de fixer la compétence du Tribunal, indique si celui-ci a jugé en premier ou dernier ressort et fixe le terrain du débat «ne varietur» puisqu'à dater de la signification de l'ajournement la demande ne peut plus être changée mais seulement rectifiée, étendue ou restreinte par voie de conclusions. Si l'on voulait changer l'objet de la demande, il faudrait lancer une nouvelle assignation.

7°) L'exploit d'assignation doit enfin contenir l'indication du tribunal qui doit connaître de la demande afin que le défendeur sache à qui présenter sa défense, et du délai pour comparaître afin que le défendeur sache le temps dont il dispose pour préparer sa défense.

II. Les formalités secondaires sont: 1°) l'emploi du papier timbré, 2°) l'enregistrement de l'exploit dans les quatre jours de sa signification, 3°) l'énoncé du coût de l'exploit, ceci afin d'empêcher les huissiers de réclamer au delà, 4°) l'obligation de donner copie du «procès-verbal de non-conciliation», afin que la demande porte en elle la preuve que le préliminaire de conciliation a été observé (art. 650 C. pr. civ.), 5°) l'obligation de donner copie des pièces qui servent de base à la demande.

Seules, la deuxième et la quatrième de ces formalités sont assorties d'une peine de nullité.

De l'étude précédente, nous pouvons donc conclure qu'en France l'exploit est un *acte juridique, unilatéral, solennel et authentique*.

Nous donnons dans notre appendice (n° 1) deux modèles d'assignation, en France et en Angleterre, qui permettent de constater, au point de vue du droit comparé, la similitude des mentions exigées par chaque législation dans l'acte introductif d'instance.

13.- *Formes des actes des avoués*

Nous allons prendre comme type d'acte d'avoué l'acte du Palais que l'on nomme: «conclusions». C'est l'acte de procédure par lequel l'avoué de l'une des parties (en général l'avoué du défendeur, puisque le demandeur a déjà «conclu» par le «libellé» de son exploit d'assignation) fait connaître à son confrère adverse l'exposé des prétentions que son client soumettra à l'appréciation du Tribunal. Les conclusions ont des effets juridiques importants. Quand elles sont la réponse à l'exploit d'assignation, elles achèvent de délimiter le terrain du débat judiciaire. Lorsqu'elles visent le fond de l'affaire, la partie qui les a prises est désormais déchue du droit

d'invoquer les exceptions proprement dites (nous retrouverons ultérieurement cet effet des conclusions au fond). Enfin, lorsque le défendeur a signifié ses conclusions au demandeur, en réponse à l'exploit d'ajournement de celui-ci, ou lorsque les deux adversaires ont échangé réciproquement et contradictoirement des conclusions, l'affaire est réputée « en état » (art. 343 C. pr. civ.). Et la mise en état produit deux conséquences importantes :

1^o) le jugement sera toujours réputé contradictoire, malgré l'absence des plaidoiries (12),

2^o) le décès de la partie ou la cessation de fonctions de son avoué seront dorénavant sans influence sur la marche de la procédure qui ne sera pas interrompue par ces événements. Ainsi le lien de droit établi entre les parties par l'assignation devient plus étroit, et même en quelque sorte bilatéral : le demandeur ne pourra plus se désister sans le consentement du défendeur.

En ce qui concerne les formalités, les actes des avoués, en dehors de la signature de l'avoué dont ils émanent (13), ne sont eux assujettis à aucune forme spéciale. La Jurisprudence admet notamment qu'ils ne sont pas rigoureusement soumis à toutes les prescriptions de l'article 61 C. pr. civ. et doivent seulement remplir les conditions substantielles sans lesquelles l'acte ne pourrait produire son effet légal (Cass. Civ. 3 août 1905 D. P. 1905. 1. 529 et Cassation 18 novembre 1913 Gaz. Pal. 1913. 2. 623).

La Jurisprudence de la Cour Suprême est constante sur ce point-là. Un arrêt de la Chambre Civile du 10 mai 1836 (D. 1836. 1. 213) avait déjà posé le principe que les formes des actes des avoués sont moins rigides que celles des ajournements. La raison en est que, les formes étant surtout faites dans l'intérêt privé des parties comme garantie du droit de défense, un ajournement doit être entouré de formes rigides puisqu'il s'adresse en principe à une personne ignorante des choses juridiques, tandis que les actes des avoués étant faits entre praticiens expérimentés n'ont pas besoin de toutes ces précautions.

Il suffit donc que les conclusions fassent connaître :

(12) D'où la possibilité pour les deux avoués, lorsque les parties sont d'accord, de se passer des avocats en présentant directement au Tribunal un « projet de dispositif ».

(13) Aucun texte n'exigeant qu'un acte d'avoué soit signé par celui-ci, la Cour de Cassation a même décidé que la copie d'un avenir qui ne porte pas la signature de l'avoué est cependant valable si elle porte « seulement la mention de son nom dactylographiée » (Cass. Civ. 12 janvier 1926, Gaz. Pal. 1926. 1. 474 et S. 1926. 1. 88).

- 1°) les noms des avoués entre lesquels elles sont échangées
- 2°) les noms de leurs parties
- 3°) leur objet.

Les actes d'avoué sont enfin rédigés sur papier libre et ne sont pas soumis à l'enregistrement, sauf les requêtes adressées au Juge qui doivent être écrites sur papier timbré et enregistrées.

Par contre, depuis le décret du 30 octobre 1935, article 2, modifiant l'article 82 C. pr. civ. les conclusions qui n'auront pas été signifiées trois jours au moins avant l'audience seront déclarées irrecevables.

Enfin, comme « tous actes judiciaires », les actes des avoués devront être signifiés par huissier, à peine de nullité (article 6 de la loi du 27 décembre 1923) et ils ne pourront être signifiés que par une catégorie spéciale d'huissiers : les huissiers-audienciers (arrêté du 24 Thermidor An VIII).

Encore, la théorie des équipollents s'applique-t-elle ici dans son sens le plus large (v. Req. 10 janvier 1888 D. P. 88. 1. 69 et Cass. Civ. 12 janvier 1926, arrêt précité).

On trouvera dans notre appendice n° 2 un modèle de conclusions devant le Tribunal Civil de 1^{re} Instance.

En résumé, l'acte émané d'un avoué est, comme l'exploit, *unilatéral*, mais il n'est *pas comme lui solennel* (absence de formes) *ni authentique* (les mentions de l'acte d'avoué ne font pas foi jusqu'à inscription de faux : Civ. rejet 15 janvier 1896 D. P. 1897. 1. 131).

14. — Les délais

Mais « les formalités de la justice » dont nous parle le grand Montesquieu ne comprennent pas seulement les formes des actes proprement dits, mais aussi les délais dans lesquels ces actes doivent être accomplis.

C'est ici qu'a sévi le plus la conséquence extrême de l'excès du formalisme : « la forme emporte le fond ». Ainsi, avant la loi du 23 mai 1942 qui a modifié l'article 457 C. pr. civ. le défaut de déclaration, au Greffe de la Juridiction supérieure, de l'appel d'un jugement dans les quinze jours dudit appel entraînait automatiquement la perte du bénéfice de l'appel, si bien que l'appelant qui avait toutes les chances de voir infirmer en appel une décision injuste perdait définitivement la possibilité de mettre en œuvre son droit, pour ne pas avoir accompli une formalité strictement matérielle dans un temps très court !

Dans certains cas, l'inobservation des délais de procédure est en effet sanctionnée par une peine d'un caractère spécial : la déchéance. Comme

l'écrit M. Japiot : « En ce qui concerne leurs effets, les déchéances ne sont pas essentiellement différentes des nullités ; la sanction dernière de la déchéance consistera dans ce fait que l'acte tardif sera dépourvu d'effets juridiques, c'est-à-dire nul » (14). Mais, alors que l'acte nul peut toujours être recommencé valablement lorsque la cause de nullité a disparu, ou même être simplement rectifié, ici, l'expiration du délai prescrit par la loi entraînera désormais l'impossibilité définitive d'accomplir cet acte (15). Aussi, toujours d'après M. Japiot, « en parlant de déchéance, on envisage naturellement l'hypothèse où, la déchéance étant encourue et connue, la partie s'abstient de faire l'acte qui serait tardif et inutile ; au contraire, en parlant de nullité, on envisage naturellement l'hypothèse où la partie a accompli l'acte en violation de la loi ». Seulement, et c'est là la différence essentielle, la déchéance entraîne une inefficacité définitive de l'acte de procédure en ce sens que la partie qui est hors délai perd désormais le droit même d'accomplir l'acte tardif. C'est ce qui a fait décider à la jurisprudence que la déchéance touchait au fond du litige et non pas seulement à la forme des actes (Cass. Civ. 23 mars 1864 D. 1864. 1. 118 - Cass. Civ. 9 mars 1931 Gaz. Pal. 1931. 1. 739 et S. 1931. 1. 256 - Req. 15 novembre 1931, S. 32. 1. 69, et 25 novembre 1931, Gaz. Pal. 32. 1. 188).

Donc, la déchéance, même envisagée sous l'angle de sa « sanction dernière », sort du cadre des nullités proprement dites des actes de procédure.

(14) C'est exactement ce que nous dit l'art. 709 C. p. civ. : « Si le surenchérisseur ne dénonce pas la surenchère dans le délai ci-dessus fixé ... la surenchère sera nulle de droit, et sans qu'il soit besoin de faire prononcer la nullité ». — Cf. aussi avec la solution de l'arrêt de la Cour d'Appel de Dijon du 15 mai 1941 citée infra n° 55. Sur l'analogie et même la confusion de la sanction de déchéance et de la sanction de nullité v. note M. Japiot dans le Dalloz 1915. 2. 82., au bas de la 1^{re} colonne (arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 28 janvier 1914).

(15) Cf. déchéance avec les courtes prescriptions du droit civil.

CHAPITRE II

Définitions et classifications des nullités

15.- Les différentes catégories de nullités

Tout le long du chapitre précédent, nous avons insisté sur les conditions de fond, les conditions de forme et les conditions de délai auxquelles sont soumis les actes de procédure. Mais, toutes ces conditions n'ont d'utilité qu'autant qu'elles s'imposent obligatoirement aux parties qui accomplissent les actes de procédure. Il faut donc les faire respecter par les parties. Pour arriver à cette fin, la loi a organisé toute une série de sanctions qui agissent soit à titre préventif comme des menaces, soit à titre curatif comme des réparations : nullités et déchéances ; peines disciplinaires, peines pécuniaires (amendes, dommages-intérêts) contre les officiers ministériels ; coût des frais frustratoires à la charge de ceux-ci ; prise à partie dirigée contre les jugés. Nous ne nous occuperons ici que des nullités.

La question : « Pourquoi la loi a-t-elle créé des nullités en procédure ? » attire la réponse : « parce qu'elle a voulu sanctionner la stricte observation des conditions de fond et de forme des actes de procédure ». Nous pouvons donc donner de la nullité une première définition, à raison de son fondement : la nullité est la sanction attachée à l'inobservation des conditions de fond et de forme des actes de procédure.

Mais, cette sanction ne vaut que par les conséquences qu'elle implique : l'acte nul est inefficace. Il peut donc être donné une deuxième définition de la nullité, à raison de son effet : la nullité est l'inefficacité d'un acte de procédure due à un vice de fond ou de forme.

- Nullités de fond et de forme. - Une première classification des nullités est donc celle qui distingue nullités de fond ou nullités de forme suivant les vices qu'elles sanctionnent.

Comme l'écrivait Merlin : « L'effet des nullités, suivant le sens naturel du mot, doit être de vicier tellement les actes qu'on les regarde comme non avenus et qu'il n'en puisse rien résulter. C'est d'après cela que s'est introduite la maxime : « quod nullum est nullum producit effectum ». Mais il

y a plusieurs degrés dans l'inefficacité de l'acte : l'acte nul peut être privé en tout ou en partie de ses effets (nullité totale ou nullité partielle), il peut en être privé définitivement ou temporairement (nullité définitive ou nullité temporaire).

- Nullités totales ou partielles. - La nullité totale consiste dans le fait que l'acte nul ne produit aucun de ses effets normaux. Ainsi, la citation en justice nulle pour vice de forme : 1° n'aura pas pour effet de saisir le juge devant lequel elle est donnée, et, par conséquent, de créer le lien juridique d'instance, 2° ni d'interrompre la prescription (art. 2247 C. Civ.), 3° ni de faire courir les intérêts moratoires.

L'acte nul d'une nullité partielle continue cependant à sortir certains de ses effets ordinaires. C'est ainsi que la citation en justice, donnée même devant un juge incompétent, interrompt la prescription (art. 2246 C. Civ.) (1).

- Nullités définitives ou temporaires. - S'il y a nullité définitive, l'acte nul ne peut plus être valablement refait. Un acte nul pour ne pas avoir été fait dans les délais légaux ne peut plus être recommencé.

Au contraire, en cas de nullité temporaire, l'acte nul pourra toujours être recommencé à condition de donner cette fois-là satisfaction aux règles de fond ou de forme qui avaient été violées. Dans certains cas même, il ne sera pas nécessaire de refaire l'acte : l'acte nul sera validé par la renonciation à la nullité de celui qui pouvait se prévaloir de celle-ci et l'acte produira alors tous ses effets habituels (ce sera le cas des nullités d'intérêt privé, notamment de la plupart des nullités pour vice de forme et de la nullité de fond pour incapacité, lorsque toutefois l'incapacité aura cessé).

- Nullités individuelles ou générales. - Enfin, la nullité est en principe individuelle, c'est-à-dire qu'elle s'arrête à l'acte vicié et ne s'étend pas aux autres actes de la procédure. Encore faut-il faire ici une distinction entre les actes qui ont précédé l'acte nul et ceux qui l'ont suivi (2). La nullité ne rejaillit pas sur les premiers. Cette solution est consacrée par les articles 728 et 729 du C. pr. civ. relatifs aux moyens de nullité de forme et de fond en matière de saisie immobilière. L'art. 728 porte notamment «...la poursuite pourra être reprise à partir du dernier acte valable». La

(1) L'art. 159 du nouveau Code de Procédure italien (livre 1^{er}, titre 6, chap. 3) contient in fine une disposition originale : « Si le vice empêche un effet déterminé, l'acte peut toutefois produire ses autres effets à l'égard desquels il se trouve idoine. »

(2) Le nouveau Code de Procédure italien (art. 159, alinéa 1^{er}, chap. 3, titre 6 du livre 1^{er}) ne semble pas faire cette distinction : « La nullité d'un acte ne s'étend pas aux actes précédents ni à ceux qui suivent même s'ils en sont dépendants », et l'alinéa 2 pose même que « la nullité d'une partie d'un acte ne frappe pas l'autre partie même si elle en dépend ».

raison profonde de cette solution c'est qu'il ne faut pas qu'un acte antérieur subisse le même sort qu'un autre dont il ne dépend pas, puisqu'il existait auparavant. Elle favorise en tout cas le double but du législateur : simplification de la procédure et économie de frais. Quant aux actes qui suivent celui qui est annulé, notre introduction a suffisamment dégagé qu'ils sont la conséquence de celui qui les précède. Ils doivent tomber avec leur principe. Dire que la nullité est individuelle, c'est donc dire qu'elle n'affecte pas la procédure entière qui peut être reprise à partir du dernier acte valable.

Exceptionnellement, la nullité au lieu d'être individuelle sera générale et communiquera son effet dissolvant même aux actes antérieurs, viciant ainsi la procédure tout entière. Tel sera notamment le cas de l'inobservation des formalités prescrites par les articles 261, 262, 269, 270, 271, 272, 273, 274 et 275 C. pr. civ. qui, selon l'expression de M. Joccoton (Des exceptions de procédure en matière civile et commerciale), « frappe au cœur » toute la procédure d'enquête. Si la nullité provient de la faute de l'avoué ou de celle de l'huissier, le droit même de faire la preuve testimoniale est anéanti sans retour (art. 293) et les actes antérieurs à l'acte nul ne produisent, par conséquent, plus aucun effet puisque cet article dispose que l'enquête « ne sera pas recommencée » (3).

— Nullités d'office ou requises. — Les nullités sont en principe édictées par la loi, et le Juge, qui est chargé d'interpréter la loi, ne fait que les appliquer. Mais les nullités s'imposent à lui avec plus ou moins de force. Si la nullité revêt un caractère important (ce sera le cas des nullités absolues, dont nous aborderons l'étude plus loin), elle s'impose au Juge avec une force telle qu'il devra la soulever d'office, même si les parties ne lui demandent pas de la prononcer. D'autres nullités (les nullités relatives, que nous retrouverons plus bas) ne pourront être prononcées par le Juge que si les parties le lui demandent. Dans le premier cas, la nullité sera une nullité d'office parce que le Juge n'aura pas été préalablement requis par les parties de la prononcer et qu'il agira de sa propre initiative. Dans le second cas, ce sera une nullité requise, parce que le Juge ne la prononcera qu'à la demande de l'une des parties, sans intervenir d'office (4).

(3) Voir aussi l'application des anciens articles 781 et suiv. C. pr. civ. en matière de contrainte par corps (ouvrage précité de M. Joccoton, titre 2, chap. 4, section 3. « Des effets des nullités » n° 207).

(4) L'article 157 du nouveau Code de Procédure italien (liv. 1^{er}, titre 6, chap. 3) fait cette distinction : « La nullité ne peut être prononcée qu'à la demande des parties si la loi ne dispose pas qu'elle doit être prononcée d'office. »

- Nullités comminatoires ou obligatoires. - Suivant les législations, nous le verrons plus loin, les nullités peuvent être comminatoires ou obligatoires.

La nullité comminatoire, c'est une nullité que la loi édicte à titre de simple menace. Le Juge n'est pas obligé de l'appliquer automatiquement, par cela seul que la loi la prononce. Il peut apprécier si la nullité appliquée au cas d'espèce est juste ou non. S'il estime qu'elle est juste, il appliquera la nullité, sinon, il la repoussera malgré le texte de la loi. Nous verrons, en étudiant notre système actuel des nullités, que les nullités de forme sont en principe comminatoires en ce sens qu'elles ne pourront être admises par le Juge que si l'irrégularité commise par l'une des parties « nuit aux intérêts de la partie adverse » (art. 173 nouveau C. pr. civ.).

La nullité obligatoire est au contraire une nullité que la loi édicte non pas à titre de simple menace, mais avec l'obligation expresse pour le Juge de l'appliquer automatiquement, sans en apprécier l'opportunité par rapport au cas d'espèce. Ainsi, dans notre ancien système des nullités, celui qui a précédé immédiatement le décret du 30 octobre 1935, aucune des nullités n'était comminatoire. Le juge devait donc appliquer la nullité, soit d'office, soit à la seule demande des parties, mais strictement, obligatoirement du moment que la nullité était prévue par la loi.

- Nullités textuelles ou virtuelles. - Lorsque la nullité est prévue expressément par la loi, on dit qu'il y a nullité textuelle, parce qu'elle s'appuie sur le texte de la loi. L'article 1030 C. pr. civ. pose même le principe qu'il n'y a pas de nullité sans texte : le juge ne peut pas ajouter d'autres cas de nullité à ceux prévus par la loi. Mais, il peut y avoir des lacunes dans la loi. Tel texte, par exemple, édictera telle condition de fond ou telle condition de forme, mais sans l'assortir expressément d'une peine de nullité. Cependant l'observation de cette condition semblera tellement nécessaire à la validité de l'acte que le juge la sanctionnera de la peine de nullité, même dans le silence du texte : on dira alors qu'il y a nullité virtuelle, la nullité résultant seulement de l'interprétation du texte.

- Nullités substantielles ou accessoires. - Mais quand saura-t-on qu'il y a nullité virtuelle, en l'absence du texte précis de la loi ? C'est à cette question que répond la distinction fondamentale des nullités substantielles et des nullités accessoires que nous retrouverons dans notre première partie. Il faudrait, d'ailleurs, plutôt parler ici des nullités sanctionnant les conditions substantielles ou les conditions accessoires de validité des actes de procédure, car, ce ne sont pas les nullités mais les conditions qui sont substantielles ou accessoires. Nous avons vu en effet dans notre introduction que la validité des actes de procédure est subordonnée à certaines

conditions de fond et de forme. Certaines de ces conditions, pourtant primordiales, ne sont même pas énoncées par le Code de procédure, telles les conditions de fond de l'acte de procédure : droit, intérêt, capacité, qualité ou l'obligation pour l'huissier d'apposer sa signature au bas de l'exploit. Par ailleurs, le Code, lorsqu'il édicte certaines conditions et notamment certaines formalités, ne les assortit pas toujours de la peine de nullité. Et pourtant, certaines de ces conditions semblent tellement essentielles, tellement nécessaires à la validité de l'acte qu'on ne pourrait pas valablement concevoir celui-ci sans qu'elles fussent remplies. Dans tous ces cas, la Jurisprudence a, nous le verrons, sanctionné la contravention tacite (cas des conditions énumérées par la loi) ou expresse à la loi (cas des conditions énumérées mais non sanctionnées par une nullité textuelle) par une nullité, sans que celle-ci ait été prévue par un texte légal. On dit alors qu'il y a nullité substantielle, parce qu'elle sanctionne une condition envisagée comme essentielle à la validité de l'acte. Et cette nullité peut être virtuelle.

Au contraire, lorsqu'il s'agit de formalités accessoires ou secondaires (v. supra n° 11), ces formalités ont sans doute une certaine utilité, mais elles ne sont pas absolument nécessaires à la validité de l'acte. On décide alors de revenir à l'application stricte de l'art. 1030 : « pas de nullité sans texte ». Seules les formalités accessoires, pour lesquelles la loi a expressément prévu une peine de nullité, seront sanctionnées par la nullité. Cette nullité accessoire devra donc être textuelle : aucune nullité accessoire ne pourra être une nullité virtuelle.

- Nullités intrinsèques ou extrinsèques. - Un auteur, Pigeau (Commentaire sur l'article 173 du Code de Procédure civile, note 2) avait proposé de distinguer les nullités intrinsèques et les nullités extrinsèques. D'après lui « les premières sont celles qui s'aperçoivent à la seule inspection de l'acte : telle est l'omission du nom du demandeur ou du défendeur dans un exploit. Les secondes sont celles qui ne portent pas sur une formalité matérielle de l'acte et qui ne peuvent pas se reconnaître à la simple lecture de cet acte : telle est, par exemple, la nullité résultant de l'incapacité d'agir du demandeur ». Mais, outre que cette classification n'a aucune portée pratique, bien qu'elle ait été reprise par certains arrêts, elle fait double emploi avec la division des nullités en : nullités de fond et nullités de forme. En effet, dire que les nullités intrinsèques sont « celles qui s'aperçoivent à la seule inspection de l'acte », telle « l'omission du nom du demandeur ou du défendeur », c'est dire que ces nullités sanctionnent un vice de forme. Les nullités « qui ne portent pas sur une formalité matérielle de l'acte et qui ne peuvent pas se reconnaître à la simple lecture de l'acte »,

telle « la nullité résultant de l'incapacité d'agir du demandeur », sont évidemment des nullités dues à un vice de fond.

Nous n'aimons pas enfin cette classification que nous signalons parce qu'elle a été reprise, plusieurs fois, pour les raisons suivantes : elle prête à confusion avec la distinction des formalités intrinsèques ou essentielles et des formalités extrinsèques ou accessoires des exploits (v. supra n° 11) d'une part ; d'autre part, la Jurisprudence l'emploie en général dans le sens diamétralement inverse, les nullités intrinsèques étant alors celles « qui touchent au fond » et les nullités extrinsèques les nullités de forme (v. Paris 15 février 1916 D. 1917. 2. 31).

16. — Nullité absolue ou nullité relative

Nous arrivons enfin à la classification capitale des nullités en nullités absolues ou d'ordre public (5) et en nullités relatives ou d'intérêt privé. Les actes de procédure, actes juridiques, sont soumis à des conditions de fond et de forme que leur impose expressément ou tacitement la loi ou ses interprètes, soit en vue de l'intérêt général, soit en vue d'un intérêt purement privé. Suivant que la règle de fond ou de forme a été édictée dans l'intérêt général ou dans l'intérêt particulier, la nullité qui la sanctionne sera une nullité absolue ou une nullité relative, la nullité absolue sanctionnant la règle d'ordre public, la nullité relative la règle d'intérêt privé. Cette classification des nullités est donc faite d'après la nature des intérêts que celles-ci protègent : intérêt général ou intérêt privé.

Pour savoir si une nullité est absolue ou relative, il faudra donc déterminer si la règle dont elle assure la sanction est d'ordre public ou d'intérêt privé. Or, nous considérons, avec l'opinion générale, qu'il faudra ranger parmi les règles d'ordre public celles qui concernent l'organisation judiciaire, puisqu'il s'agit alors du pouvoir judiciaire « en tant que pouvoir public, en tant que rouage de l'organisation générale de l'Etat » ; suivant l'heureuse expression de M. Japiot (ouvrage déjà cité). Comme l'a écrit M. Solus, « le droit de se faire justice à eux-mêmes ayant été, par souci d'ordre et de sécurité publique, enlevé aux particuliers, il appartient avant tout à l'Etat d'établir des juridictions qui auront mission de rendre la justice ». Les lois

(5) Au lieu de nullité absolue, certains auteurs et certaines décisions judiciaires emploient les expressions de « nullité radicale », ou « nullité de droit ». La première expression est acceptable car elle marque bien que ce genre de nullité sanctionne le plus souvent un élément essentiel de l'acte, mais la seconde est à proscrire pour éviter une confusion avec la nullité « de plein droit ».

éditées à cette fin, dites lois d'organisation judiciaire, règlent l'existence et l'organisation des différents tribunaux et juridictions, ainsi que l'institution des auxiliaires de la justice, avocats et officiers ministériels (avoués, huissiers, greffiers, avocats à la Cour de Cassation et au Conseil d'Etat), praticiens particulièrement expérimentés dont la compétence et l'assistance est indispensable aux parties et à la bonne marche du service de la justice.

Pour les lois de compétence, deuxième catégorie des règles de procédure, il faut distinguer entre les règles de compétence absolue ou à raison de la matière, ou de « compétence d'attribution » et les règles de compétence relative ou à raison de la personne ou de « compétence territoriale ». Les différentes juridictions ayant été instituées par le premier groupe de lois, lois d'organisation judiciaire, il faut que soient précisés quels sont leurs pouvoirs juridictionnels et de quelles catégories de procès elles peuvent respectivement connaître. A cette préoccupation répondent les règles de « compétence d'attribution » et celles de « compétence territoriale ».

La « compétence d'attribution » a pour objet de répartir, suivant la nature et l'importance du litige, les procès entre les juridictions d'ordre différent (Tribunaux judiciaires et Tribunaux administratifs) et les juridictions de même ordre mais de nature différente (dans l'ordre judiciaire, par exemple : Tribunaux civils, Tribunaux répressifs, Tribunaux de commerce). L'opinion générale considère les lois de « compétence d'attribution » comme étant le plus souvent d'ordre public parce qu'elles forment l'accessoire nécessaire des lois de l'organisation judiciaire.

Au contraire, les lois de compétence sont généralement considérées comme étant d'intérêt privé lorsqu'elles règlent la « compétence territoriale ». Celle-ci, en effet, localise la connaissance des affaires entre des juridictions identiques : ainsi, lorsqu'une affaire, d'après les règles de la « compétence d'attribution », doit être portée devant les Tribunaux civils, il faut déterminer parmi tous les Tribunaux civils du territoire quel Tribunal civil aura la connaissance particulière de l'affaire ; comme la loi décide en principe que ce sera celui dans le ressort duquel est domicilié le défendeur, parce que tel est l'intérêt particulier de celui-ci, on en tire la conséquence logique que la règle de « compétence territoriale » est d'intérêt privé.

Quant au troisième groupe de lois, lois relatives à l'action en justice, et à la procédure proprement dite, on admet en général qu'elles sont d'intérêt privé. Mais, par exception certaines de ces règles, dont l'observation importe aux intérêts essentiels de la société et à la bonne ad-

ministration de la justice, seront considérées comme d'ordre public. Telles seront celles qui posent les bases générales de l'instruction des procès (v. infra, n° 63).

Il faut bien se pénétrer, en tous cas, de l'idée que chacune de ces trois catégories de lois de procédure ne constitue pas une cloison étanche, sans corrélation avec les autres. C'est ainsi, comme le fait remarquer M. Solus, qu'il existe entre certaines règles d'organisation judiciaire et certaines règles de compétence un lien assez strict et une manière d'interpénétration : « la composition des Cours d'Appel et de la Cour de Cassation (question d'organisation judiciaire) est directement en fonction du rôle que ces juridictions sont appelées à jouer et de leur pouvoir juridictionnel (question de compétence) ». C'est aussi la raison pour laquelle nous avons classé les règles relatives à l'action parmi celles de procédure proprement dite alors que M. Solus les étudie dans son cours de procédure (ouvrage déjà cité) dans une deuxième partie intitulée « La compétence ».

Mais surtout il faut bien comprendre que la règle d'ordre public n'est pas d'une nature essentiellement distincte de celle de la règle d'intérêt privé. Comme l'écrit M. Japiot : « la notion d'ordre public est donc une notion comparative, c'est une *question d'importance et de degré* ». Et pour faire comprendre cette question, il nous a semblé préférable de transcrire intégralement les dernières lignes que donne à ce sujet cet éminent auteur dans son numéro 16, page 16 (ouvrage déjà cité) : « La règle d'ordre public est seulement celle que le législateur juge assez importante pour qu'elle doive être respectée en dépit d'autres principes ou d'autres intérêts moins importants (Voir par ex. Paris, 11 août 1896, S. 97. 1. 208, où il est indiqué dans une formule d'ailleurs très discutable que la règle d'ordre public est celle qui doit passer avant telles autres considérations qui militent en sens contraire). Ce n'est pas nécessairement la règle d'intérêt général : une règle qui ne tend pas à protéger telle personne déterminée peut être relativement peu importante, et, en revanche, une règle qui tend à protéger uniquement le défendeur sera d'ordre public si l'on considère qu'il s'agit des intérêts essentiels de la défense auxquels la société ne peut tolérer aucune atteinte. Ceci explique que telle règle soit d'ordre public à certains points de vue seulement, c'est-à-dire, par exemple, doive être observée en dépit de la volonté contraire des parties, et ne puisse pourtant pas être opposée pour la première fois en cassation, parce qu'on préfère encore faire respecter les situations consacrées par le jugement de première instance et l'arrêt de la Cour d'Appel. Ceci explique de même que, en l'absence de dispositions formelles de la loi, pour savoir si telle règle

est d'ordre public, l'interprète ne puisse se décider que d'après le but et l'importance sociale de la règle, comparés avec l'importance des intérêts ou des principes opposés qu'il s'agirait de faire passer après le respect de cette règle et qui s'effacerait devant elle si on la considérait comme étant d'ordre public».

Il nous faut maintenant définir quelles sont les caractéristiques des nullités : puisque l'acte de procédure est un acte juridique, la théorie générale des actes juridiques devrait trouver ici son application pleine et entière. Nous allons donc énumérer rapidement les caractéristiques de la nullité absolue et celles de la nullité relative, d'après la théorie générale des actes juridiques. Puis, nous verrons dans quelle mesure cette théorie s'applique à l'acte de procédure et quelles sont les particularités spéciales aux nullités des actes de procédure.

Théoriquement, les caractéristiques de la nullité absolue sont les suivantes :

1^o) Toute personne ayant intérêt à se prévaloir d'une nullité absolue est admise à l'invoquer en justice soit sous forme d'action, soit sous forme d'exception.

2^o) L'acte nul ne peut pas être confirmé par ceux de qui il émane. Comme l'écrivait Capitant (ouvrage déjà cité) : « Confirmer un acte, c'est renoncer à invoquer la cause de nullité qui l'entache. Cela suppose donc que l'action et l'exception de nullité sont à la disposition exclusive d'une seule personne, celle qui renonce. Or, il en est différemment pour la nullité absolue. La renonciation ou confirmation d'une partie serait donc inopérante, car on ne peut pas renoncer au droit d'autrui. Et, en principe même, cette renonciation ne serait pas opposable au renonçant lui-même parce que l'ordre public, fondement ordinaire des nullités absolues, veut que l'acte entaché d'une nullité de ce genre demeure essentiellement fragile, caduc, et que, dès lors, rien ne puisse effacer son inefficacité. »

3^o) La nullité absolue doit, semble-t-il, être à l'abri de la prescription puisque cette dernière, étant une extinction par un laps de temps variable, est une variété de renonciation tacite. Ici la Jurisprudence fait cependant une distinction : l'action en nullité est éteinte par la prescription trentenaire (application pure et simple de l'article 2262 C. Civ.), tandis que l'exception de nullité peut toujours être soulevée, même après l'expiration de ce délai (l'article 2262 C. Civ. s'appliquant aux actions, à l'exclusion des exceptions).

Les caractéristiques de la nullité relative sont :

1^o) L'action ou l'exception de nullité relative n'appartient qu'aux per-

sonnes que la loi entend protéger spécialement contre le dommage injuste que peut leur causer l'acte nul.

2°) Les actes annulables ont la possibilité d'être confirmés par celui qui a le droit d'en demander l'annulation. La confirmation constitue une renonciation à la nullité, qui rend à l'acte toute son efficacité. Mais la confirmation n'est possible que si elle est faite avec connaissance du vice dont l'acte était entaché, et que si elle intervient au moment où la cause qui produisait le vice a cessé d'exister ou que le vice a été rectifié.

3°) L'action ou l'exception de nullité relative s'éteignent normalement par la prescription, puisque celle-ci est une variété de renonciation tacite et que la nullité relative peut toujours être valablement confirmée.

Nous allons retrouver, avec quelques variantes, l'application de ces principes généraux aux nullités des actes de procédure.

Les caractéristiques de la nullité absolue d'un acte de procédure sont en effet les suivantes :

1°) La nullité pour inobservation d'une règle d'ordre public peut, en principe, être invoquée par tout intéressé. Sont considérés comme intéressés : a) la partie contre laquelle l'acte a été fait ou qui était directement protégée par la règle violée ; la partie adverse et toutes les autres parties au procès, principales ou intervenantes, même la partie qui a fait l'acte nul, parce que l'observation de la règle d'ordre public importe avant tout, en dépit de l'adage : « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » ; même l'adversaire de l'incapable ou l'incapable lorsque l'incapacité a été édictée à titre de peine et non plus de protection (incapacité du condamné frappé d'interdiction, par exemple), b) le ministère public, particulièrement intéressé au respect des règles d'ordre public, puisqu'il représente les intérêts de la société, c) le Juge intervenant d'office (v. plus haut n° 15, ce que nous avons dit de la nullité d'office).

Ici, le particulier intéressé invoquera le plus souvent, nous le verrons, la nullité par voie d'exception opposée devant le Tribunal sous forme de conclusions, rarement par voie d'action (demande en nullité du commandement qui précédait la saisie immobilière avant le décret-loi du 17 juin 1938 ; ou : demande principale en nullité de l'exploit de signification d'un jugement de 1^{re} Instance, portée devant le Tribunal du 1^{er} degré tant que l'appel n'a pas été formé (6)). Tant que le jugement ne sera pas rendu, le ministère public opposera la nullité par voie de simples conclusions. Le Juge soulèvera la nullité dans sa décision, pour débouter

(6) Cass. 16 novembre 1847 (D. 47. 4. 244).

le demandeur de son instance ou, au contraire, pour déclarer sa demande « bien fondée ».

2°) La renonciation expresse ou tacite à se prévaloir de la nullité absolue, ce qui équivaldrait à la confirmation pure et simple de l'acte nul, est, en principe, également impossible, et, en tout cas, sans valeur. En effet, pour que l'acte de renonciation au droit d'invoquer une nullité soit valable, il faudrait que la renonciation ne fût pas par elle-même contraire à l'ordre public. Or, elle le sera en général si la règle sanctionnée par la nullité était elle-même d'ordre public. Toutefois, même dans cette hypothèse, il se peut que la renonciation n'aille pas par elle-même contre l'ordre public. M. Japiot (ouvrage déjà cité, n° 49 p. 39) nous donne comme exemple une citation en justice nulle pour violation d'une règle d'ordre public n'ayant pas en tant que telle interrompu la prescription. « Le défendeur, nous dit-il, peut renoncer à se prévaloir de cette nullité en tant qu'elle lui permettait de soutenir que la prescription n'était pas interrompue ; la renonciation est alors licite en elle-même parce qu'elle ne se traduit que par une renonciation au bénéfice de la prescription ». On peut lui objecter qu'il n'y a pas en réalité renonciation à se prévaloir de la nullité mais seulement renonciation à se prévaloir de l'un de ses effets, ce qui semble parfaitement licite puisque l'acte n'est pas pour cela confirmé. Puisqu'on ne peut en principe renoncer à invoquer une cause de nullité absolue, si l'on renonce à invoquer toutes les causes de nullité dont un acte déjà effectué peut être entaché, cette renonciation n'empêchera pas son auteur d'invoquer les nullités d'ordre public qui affecteraient l'acte.

La renonciation même implicite au droit d'invoquer la nullité étant prohibée, la nullité absolue ne se trouve pas couverte par les « conclusions au fond » de l'adversaire. Celui-ci pourra donc soulever pour la première fois la nullité devant la Cour d'Appel et même devant la Cour de Cassation.

3°) La règle suivant laquelle l'action ou l'exception de nullité absolue est à l'abri de la prescription trentenaire, sauf le correctif apporté par la Jurisprudence en ce qui concerne l'action, devrait donc être appliquée à l'acte de procédure. Mais elle est ici sans grande portée pratique : au cas de procédure contentieuse (cas le plus fréquent), le jugement devenu définitif par l'expiration des voies de recours ne peut plus être attaqué, quel que soit le vice qui ait entaché l'acte primitif de procédure qui était nul, et, comme le jugement est, nous l'avons vu dans notre introduction, le couronnement de la procédure, l'acte nul se trouve ainsi validé. L'action ou l'exception de nullité se trouve donc éteinte par le jugement passé

« en force de chose jugée » puisqu'elle ne peut plus, dès lors, être exercée, ce serait tourner la règle « voies de nullités n'ont lieu contre les jugements » que de permettre de faire tomber les actes de procédure antérieurs qui servent de fondement au jugement.

La règle reprendrait son importance si la procédure n'aboutissait pas à un jugement (par exemple : procédure gracieuse ; procédure de saisie en vertu d'un titre exécutoire, dans laquelle le juge n'a pas à intervenir) ou si le prétendu jugement est entaché d'un vice tellement grave qu'il ne peut pas être considéré comme un jugement (par exemple : l'hypothèse, évidemment bien théorique, d'un particulier qui, au cours d'un mouvement insurrectionnel, s'arrogerait sans qualité aucune le droit de statuer sur des procès (7)).

Les caractéristiques de la nullité relative sont les suivantes :

1°) La nullité pour inobservation d'une règle d'intérêt privé ne peut être invoquée que par la partie dont la loi a voulu assurer la protection : ce sera, par exemple, la partie contre laquelle l'acte nul a été fait (la nullité de forme de l'assignation, du moment qu'elle n'est pas d'ordre public, ne pourra être invoquée que par le défendeur seul) ou, en cas de nullité de fond pour incapacité, celle protégée par cette incapacité (cependant, l'adversaire même du mineur pourra, dans une certaine mesure, quand la procédure n'est pas trop avancée, opposer l'incapacité du mineur parce qu'il a le droit de ne pas être contraint à s'engager dans une procédure irrégulière).

2°) La partie protégée par la loi pourra en principe confirmer l'acte dont elle seule a la faculté de demander la nullité. Elle seule pourra donc renoncer à invoquer la nullité relative. Cependant, à l'inverse de ce que nous venons de dire pour les nullités absolues, la renonciation peut être interdite comme contraire à l'ordre public même si la nullité à laquelle on a renoncé ne sanctionne qu'une règle d'intérêt privé. C'est le cas lorsque cette règle avait pour but de protéger la partie contre sa propre volonté : tant que la protection demeure nécessaire, la renonciation n'est pas valable et le mineur, pour prendre un exemple, ne pourra renoncer valablement à la nullité de la procédure due à son incapacité tant que celle-ci n'aura pas cessé ou n'aura pas été levée (majorité ou émancipation). Enfin à l'inverse de ce que nous avons dit pour les nullités absolues, la renonciation même tacite sera valable. Dans le cas des nullités de forme, notamment, la partie qui pourrait invoquer la nullité sera même censée y avoir renoncé si elle ne l'a pas proposé avant toute discussion au fond

—(7) Cf. avec l'acte inexistant, étudié plus bas n° 17.

(art. 173 C. pr. civ.), parce qu'alors elle poursuit la procédure comme si l'acte entaché de nullité était valable. Il en résulte que la nullité d'intérêt privé sera généralement couverte avant la fin de la première instance : elle ne pourra donc pas être invoquée pour la première fois en appel, et encore moins, naturellement, en cassation.

3°) L'action et l'exception de nullité relative s'éteignent théoriquement par la prescription trentenaire (cas du débiteur qui « s'oppose » au commandement ou au procès-verbal de saisie du créancier, sans qu'aucun des adversaires ne porte leur différend devant le Tribunal), mais, le plus souvent, pratiquement par la déchéance édictée par l'article 173 C. pr. civ. : renonciation présumée du plaideur résultant du fait qu'il a fait un acte de poursuite de la procédure comme si l'acte précédent entaché de nullité était valable.

Pour conclure cette étude des nullités absolues et des nullités relatives, il faut insister sur la nécessité d'avoir en cette matière un esprit particulièrement souple. Nous avons signalé la difficulté qu'il y a à distinguer nettement la règle d'ordre public de la règle d'intérêt privé. Il en résulte que la distinction des nullités absolues et des nullités relatives sera ici particulièrement délicate et qu'une nullité pourra se présenter avec des caractéristiques mixtes ; les unes tenant à la nullité absolue, les autres à la nullité relative (par exemple : la nullité pour incapacité du mineur).

17. — *Inexistence*

Il nous reste à dire un mot de l'inexistence. Certains auteurs ont voulu distinguer un troisième degré d'imperfection de l'acte juridique, différent de la nullité absolue : l'inexistence. L'acte inexistant, selon eux, serait l'acte auquel fait défaut un de ses éléments naturels constitutifs : l'absence de manifestation de volonté, la vente sans prix, le mariage sans différence de sexe, etc. On réserverait donc le mot d'inexistence aux hypothèses où l'obstacle à la validité de l'acte juridique serait un obstacle naturel, tandis que la notion de nullité absolue serait réservée aux cas où l'obstacle à la perfection de l'acte est un obstacle légal. Ces auteurs ont voulu voir la consécration de leur distinction dans un arrêt, d'abord isolé, de la Cour de Cassation (Req. 30 décembre 1902, S. 1903. 1. 257, note de M. Tissier). Mais cet arrêt s'est référé à l'idée d'inexistence pour deux raisons essentiellement pratiques, non pour une raison de principe : 1°) pour échapper à l'application de l'article 1030, 2°) et à celle de l'article 705, al. 2.

Il s'agissait en effet de casser un acte de procédure, une enchère mise

par un simple particulier et non par ministère d'avoué, comme l'exige l'article 705 C. pr. civ., al. 1^{er}.

1^o) Pour éviter l'application de l'article 1030 (« Pas de nullité sans texte »), puisqu'aucun texte ne prononçait la nullité d'une telle enchère, l'arrêt a fait appel à l'idée d'inexistence, laquelle n'est pas visée par le dit article. Le même résultat aurait pu être obtenu en faisant appel à la notion des nullités virtuelles ou substantielles (v. supra) : l'enchère étant par définition un acte de procédure et cet acte ne pouvant être accompli que par un avoué, il était évident que l'enchère mise par un simple particulier était sans valeur.

2^o) Mais, le système des nullités substantielles aurait été à l'encontre même du texte de l'article 705, al. 2, ainsi rédigé : « l'enchérisseur cesse d'être obligé si son enchère est couverte par une autre, lors même que cette dernière serait déclarée *nulle* ». Or, le motif dominant de cette solution de la Cour de Cassation était de faire revivre l'enchère antérieure. Elle ne le pouvait pas si la dernière enchère, celle mise par le simple particulier, avait été simplement déclarée nulle.

Cette solution est donc uniquement une solution d'espèce et de circonstance. En réalité, l'enchère n'est pas inexistante mais nulle d'une nullité absolue, la règle de l'article 705, al. 1^{er}, touchant à l'organisation judiciaire.

En outre, contrairement à la prétendue théorie de l'inexistence, cette règle est un obstacle légal et non pas naturel à la validité de l'acte de procédure litigieux.

Depuis le décret du 30 octobre 1935, ces auteurs trouvent un argument de texte dans la rédaction du nouvel article 162 C. pr. civ. (v. infra n° 54), lequel porte que l'opposition faite par acte extra-judiciaire « sera *inexistante* » si elle n'est pas réitérée dans le délai de huitaine par acte d'avoué à avoué.

Un récent arrêt de la Chambre Sociale (Cass. 20 mars 1941 G. P. 41. 1. 411) semble vouloir appuyer cette théorie : il a d'abord posé le principe que lorsqu'une instance concerne les droits propres appartenant à une femme mariée, séparée de corps et de biens, le mari n'est appelé à l'instance que pour la valider à l'égard de sa femme, et qu'il ne doit pas être considéré comme « partie au jugement » bien qu'il y figure en nom. Dès lors, l'acte d'appel signifié au mari seul ne peut produire à l'égard de la femme les effets prévus par le nouvel article 456 C. pr. civ. puisqu'il n'est pas signifié à l'une des parties figurant au jugement dans le sens de ce texte. Si donc il est établi que l'acte signifié au mari, sous enveloppe fermée à son nom, a été remis au domicile de sa femme, peut-on consi-

dérer qu'il était en réalité destiné à celle-ci, qu'elle n'a pu s'y méprendre et qu'elle n'est donc pas fondée à se prévaloir d'une irrégularité qui n'a pu porter atteinte à ses intérêts conformément aux articles 70 et 173 nouveaux du C. pr. civ.? L'arrêt répond par la négative: «Attendu que cette omission ne revêt pas le caractère d'une simple irrégularité permettant de tenir un acte de procédure pour valable par application des articles 70 et 173 C. pr. civ. dès lors que cette irrégularité n'a pas nui aux intérêts d'une des parties en cause; qu'ainsi que la dame Loutsky l'a soutenu dans ses conclusions, l'exploit litigieux, qui ne la concerne pas, n'est pas nul, mais *inexistant* à son égard...»

Nous repoussons, quant à nous, cette théorie, car, pratiquement, l'existence ne se différencie pas de la nullité absolue: elle doit comme la nullité absolue être constatée par une décision de justice, parce que «nul ne peut se rendre justice à soi-même» et que «provision est due au titre». Ceci est tellement vrai qu'il n'y a que deux exceptions à ce principe élémentaire: celle de l'article 366 C. pr. civ. en matière de règlement de juges, qui dispose que le demandeur qui n'aura pas assigné dans les délais légaux «demeurera déchu du règlement de juges sans qu'il soit besoin de le faire ordonner», et celle de l'article 709 qui pose que faute d'avoir été dénoncée dans le délai de trois jours «la surenchère sera nulle de droit et sans qu'il soit besoin de faire prononcer la nullité». Mais, dans tous les autres cas l'intervention du juge est indispensable: c'est ce qu'on traduit en disant qu'en procédure il n'y a pas de nullités de plein droit mais des nullités constatées par le Juge.

- Nullités constatées par le Juge ou de plein droit. - Nullités constatées par le Juge et nullités de plein droit nous fournissent notre dernière classification des nullités. Les nullités de plein droit sont celles qui ne donnent pas matière à contestation et qui ne nécessitent pas par conséquent l'intervention de la justice. Mais les nullités de procédure, prêtant par essence à contestation et les actes nuls continuant à produire leurs effets normaux tant que la nullité n'a pas été prononcée («provision est due au titre»), l'intervention du Juge sera de règle. Les nullités constatées par le Juge constitueront donc le principe général, presque absolu, tandis que la nullité de plein droit sera l'exception (art. 366 et 709 C. pr. civ. seulement).

CHAPITRE III

Les différents systèmes de nullités

18. — Position de la question: Le Juge est-il libre d'apprécier l'opportunité de la sanction ?

Thering définit l'acte formel « l'acte dans lequel l'inobservation de la forme juridiquement prescrite pour la manifestation de la volonté trouve sa sanction dans l'acte lui-même » (ouvrage déjà cité, t. III, liv. 2, chap. 3, section 2, p. 163 et suiv.), c'est-à-dire dans la peine de nullité attachée à l'acte vicié. Mais, les conditions de forme des actes de procédure ne sont pas les seules à être sanctionnées par la nullité. L'acte qui ne répond pas aux conditions de fond requises est, nous l'avons vu, également nul. Seulement, les nullités des actes de procédure n'ont pas lieu de plein droit, elles doivent être constatées et prononcées par le Juge, conformément à la loi. La position du problème est donc la suivante : l'inobservation des règles de fond et de forme des actes de procédure doit-elle être sanctionnée obligatoirement et automatiquement par la nullité, ou bien, l'opportunité de l'application de cette sanction doit-elle être abandonnée à la libre appréciation des Juges ?

A cette double alternative correspondent deux systèmes différents, qui ne seront pas absolument nouveaux pour nous puisqu'ils se rapportent en définitive à la classification des nullités en nullités obligatoires et en nullités comminatoires (v. supra n° 15). Ce sont : le système obligatoire et le système comminatoire.

19. — Système obligatoire ou système comminatoire

Dans le système obligatoire, la loi prévoit les cas de nullité, minutieusement. Le Juge doit appliquer automatiquement la nullité édictée par la loi : il n'a pas à apprécier si son application est opportune ou non, en l'espèce. Ce système présente l'avantage de garantir les parties contre l'arbitraire

éventuel du juge, mais, il a un gros inconvénient : une rigidité sans palliatif. Surtout, son application aux nullités de forme engendre des effets souvent scandaleux qu'on traduit par le célèbre adage : « la forme emporte le fond ». « Par exemple, comme l'écrivait Berriat-Saint-Prix (Observations sur la législation relative aux nullités des actes de procédure, tome IV des *Mémoires*), la loi confère de la manière la plus claire un certain droit à une personne ; on le lui conteste, ou bien on l'en dépouille. Pour se l'assurer ou pour le recouvrer, elle est obligée d'employer certaines formes. Si, par malheur, elle en a employé d'impropres et si la prescription s'est accomplie pendant l'emploi de ces formes, elle sera privée de ce même droit, quelqu'expresse que fût la règle où il était consacré ». Boileau signalait ce même inconvénient en termes énergiques (*Satire I* v. 118 et suivants) :

« Moi, que j'aïlle crier dans ce pays barbare
Où l'on voit tous les jours l'innocence aux abois
Errer dans les détours d'un dédale de lois,
Et dans l'amas confus des chicanes énormes,
Ce qui fut blanc au fond rendu noir par les formes ! »

C'est cet inconvénient qui a marqué le plus. Aussi, la plupart des auteurs, subissant l'influence générale, ont qualifié ce système de : système formaliste, comme s'il s'appliquait uniquement aux nullités de forme. Or, ce système s'applique en principe à toutes les nullités, nullités de fond comme nullités de forme. Nous préférons donc l'expression de : système obligatoire, parce qu'elle englobe toutes les nullités de fond et de forme, et qu'elle marque bien leur caractère automatique pour le Juge.

Le second système au contraire, le système comminatoire, considère que les nullités édictées par la loi ne constituent que de simples menaces pour les plaideurs et que le Juge est libre d'apprécier si leur application doit être retenue ou rejetée suivant les cas d'espèce. Ce système a l'avantage d'une grande souplesse, mais, il peut inciter le Juge à l'arbitraire et amener ainsi du trouble dans l'administration de la justice, car, la partie perdante aura naturellement pour premier réflexe celui de la mauvaise humeur : elle se plaindra de la partialité du Juge !

Aussi, les juristes ont-ils exercé leur subtilité à trouver un système qui réunisse les avantages des deux précédents sans en comporter les inconvénients. Ils ont alors proposé deux systèmes intermédiaires entre les systèmes obligatoire et comminatoire, chacun d'eux étant issu plus spécialement de l'un de ces deux systèmes : un système que nous appellerons obligatoire relatif et un système que nous nommerons comminatoire relatif.

Le législateur, lorsqu'il veut doter les conditions de fond et de forme qu'il a édictées d'un système cohérent de nullités, voit donc s'offrir à lui quatre systèmes possibles : le système obligatoire absolu, le système comminatoire absolu, le système obligatoire relatif, le système comminatoire relatif.

Nous allons voir, en précisant les caractéristiques de ces systèmes, que les législations sur les nullités ont varié suivant les époques et suivant les pays.

Système obligatoire absolu

Le type du système obligatoire absolu, c'est le système romain des « legis actiones » qui accordait à la forme une vertu catégorique et omnipotente. La procédure était soumise à des formalités déterminées, à des formules sacramentelles, rituelles, auxquelles était subordonné le fond même de l'affaire ; le plaideur perdait son procès, s'il s'écartait d'un mot seulement de la formule prescrite. Et le juge ne pouvait pas même apprécier le degré d'importance de l'erreur commise dans la formule et en tenir compte dans son jugement : il était lié par la formule dont l'application mot à mot était pour lui strictement obligatoire. Gaius (Institutes IV, 11) nous raconte l'histoire de ce plaideur dont un voisin avait coupé les vignes. Le fait était avéré. Il « prononça la loi ». La loi disait : « arbres coupés », il prononça : « vignes », voulant ainsi apporter une précision supplémentaire. Il perdit son procès.

La procédure des temps féodaux était elle aussi caractérisée par un système exagérément obligatoire, même en ce qui concerne les formalités les moins utiles ou une omission seulement partielle des formes : « Qui viout fere sa demende ne vaut riens sa demende si elle n'est à droit dite » (Livres de justice et de plet, liv. II, titre 14, par. 2).

Si le demandeur avait violé la forme dans l'acte introductif d'instance, il ne pouvait pas le recommencer, l'action étant épuisée par son exercice, le droit éteint.

Bien plus, si la déchéance de la demande avait été prononcée sur la réquisition du défendeur, soit pour vice de forme, soit même pour tout autre motif, la demande ne pouvait pas être réintroduite même avec un changement de forme ou la rectification du motif de nullité. Le défendeur était pour toujours à l'abri de l'action du demandeur.

Ce système ne serait évidemment plus praticable pour une grande nation moderne.

Système comminatoire absolu

Dans notre Ancien Droit, jusqu'au règne du Grand Roi, le système comminatoire absolu était au contraire en vigueur, les nullités de forme étaient abandonnées à la libre appréciation du Juge qui maintenait ou annulait l'acte vicié en tenant compte uniquement de la seule équité naturelle.

Ce système séduisait évidemment au premier abord. Mais quand on pense à la grande difficulté de reconnaître la véritable équité dans l'application des règles d'un droit purement positif comme celui de la procédure, quand on pense surtout à ce penchant humain qui veut que l'homme cherche toujours à étendre son pouvoir jusqu'à en abuser, on ne sera pas étonné d'apprendre que ce système avait amené des abus scandaleux qui avaient rendu nécessaire le retour à un système plus rigide. L'ordonnance de 1667 sur la procédure s'était chargé de cette réforme, mais, elle n'était pas arrivée à faire oublier des abus aussi criants : aujourd'hui encore, on cite le vieil adage : « Dieu nous garde de l'équité des Parlements ».

Berriat-Saint-Prix (ouvrage déjà cité) nous raconte à ce propos l'anecdote suivante : Quand la Savoie fut réunie temporairement à la France sous François I^{er}, ses députés demandèrent qu'il fut défendu à leurs Tribunaux de juger d'après l'équité. Le maître des requêtes du Conseil du Roi à qui fut présentée cette demande « la trouva d'abord extravagante », nous dit un témoin d'époque, lequel poursuit : « Il changea bientôt d'avis. Il sentit qu'il était infiniment dangereux qu'un Juge pût s'écarter des dispositions du Droit sous prétexte de suivre les lueurs trompeuses d'une équité apparente » (Connan, *Comm. jur.*, liv. I, c. 11, p. 48, éd. de 1558).

Ce système n'est donc possible que dans un pays dont l'éducation politique est particulièrement développée et où la conscience publique est arrivée au degré le plus haut qui puisse être atteint. La grande Nation britannique nous en donne encore la preuve : le Juge anglais jouit d'un immense prestige auprès des justiciables et « le sujet de sa Gracieuse Majesté » se soumet sans murmures à ses décisions. Pourtant, le Juge détient en cette matière un pouvoir discrétionnaire : 1^o) il peut toujours augmenter ou diminuer le délai (« time limit ») et même accorder un nouveau délai après l'expiration du premier (Annexe, Acte de 1875, titre 57).

2^o) quand une irrégularité de forme a été commise dans la procédure (« irregularity », « non-compliance with a rule »), le juge a le droit absolu d'annuler tout ou partie de la procédure ou de la rectifier (Annexe, Acte de 1875, titre 49).

Système obligatoire relatif

« Entre la rigueur du droit et les périls de l'équité » selon l'expression de M. Raymond Bordeaux (Philosophie de la procédure civile, livre 2, chapitre 6, p. 382 et suivants), l'ordonnance de 1667 avait cru instituer une « doctrine prudente et sage » en trouvant un moyen terme.

Dans ce système, qui tient tout entier dans ces deux principes : 1^o) le juge ne peut créer une nullité sans excès de pouvoir, 2^o) aucune des nullités et déchéances prononcées par la loi n'est comminatoire, les nullités de fond comme les nullités de forme s'imposent obligatoirement au Juge. Mais, en ce qui concerne tout au moins les conditions de forme, la loi n'attache la nullité qu'à l'inobservation des formes les plus importantes ou du moins qu'elle a jugées telles ; elle ne sanctionne plus brutalement et aveuglément par la nullité tout manquement aux formalités qu'elle édicte, comme dans le système obligatoire absolu.

Ce système, selon Berriat-Saint-Prix (ouvrage déjà cité) « offre néanmoins un inconvénient fort grave en ce qu'il contraint à annuler des actes dont la forme, paraissant au premier coup d'œil importante, l'était en réalité, et d'après une multitude de circonstances, beaucoup moins qu'on n'avait dû le croire ; d'où l'on est entraîné souvent, et contre l'équité, à appliquer l'adage fâcheux : « La forme emporte le fond ». Et cet auteur veut en trouver la preuve dans les changements qu'a subis le même système lorsqu'il est passé de l'ordonnance de 1667 dans la législation du Code de procédure civile primitif : « Quant aux matières communes entre elles..., on voit que la loi ancienne a attaché la peine de nullité à la 11^e partie de ces dispositions communes, tandis que la loi nouvelle ne l'a attachée qu'à la 19^e partie. Le législateur moderne a donc considéré comme peu importantes beaucoup de formes que le législateur ancien avait considérées comme essentielles ». Puis l'auteur continue sur le mode ironique : « D'après une semblable amélioration, l'on sera peut-être disposé à penser que le législateur moderne (celui du Code de procédure civile), éclairé par l'expérience et une longue expérience, car il ne s'agit pas moins de cent quarante années, a porté son système au plus haut point de perfection, a pris enfin en considération toutes les circonstances propres à faire réduire l'application des nullités aux seules formes rigoureusement essentielles..., mais on se tromperait beaucoup ». Ce système tempéré n'est donc pas lui-même bien satisfaisant.

Système comminatoire relatif

Aussi, M. Raymond Bordeaux écrivait-il avec raison (ouvrage déjà cité) : « Sans abandonner la procédure à une équité sans règle et sans

guide, on doit désirer de voir pénétrer la justice naturelle au milieu des formes judiciaires. L'équité ne doit pas en être absolument repoussée, car, nous avons vu qu'il ne faut pas regarder la procédure tout entière comme une création du droit arbitraire et que sous ses dispositions positives on retrouve des principes de droit pur de la raison » (v. supra n° 9 les deux maximes du Droit naturel, base des règles de procédure). Nous arrivons ainsi à un quatrième système où la prononciation de la nullité est subordonnée à l'appréciation du Juge d'après un principe déterminé d'équité.

C'est ce système que le Parlement de Toulouse avait appliqué de sa propre autorité pour tempérer la rigueur de l'Ordonnance de 1667, en choisissant comme principe déterminé d'équité la courte formule : « Nullité sans grief n'opère rien ». Cette règle signifie que le Juge aura la faculté de ne prononcer la nullité qu'autant que le vice de forme aura occasionné un préjudice à celui qui vient s'en prévaloir.

Le Code Napolitain de 1836 avait adopté lui aussi ce quatrième système et ce dernier principe d'équité :

1° le Juge n'est astreint à annuler les actes que pour un petit nombre d'irrégularités capitales,

2° il peut modifier l'effet des moins importantes,

3° il est autorisé à en valider indirectement quelques-unes lorsqu'elles n'ont pas occasionné de préjudice.

Un autre type de système comminatoire relatif est le principe de « suspicion légitime » de Bentham. Celui-ci n'admet pas de nullités proprement dites mais substitue le principe de suspicion à celui de nullité, de telle sorte que toute omission d'une formalité exigée par la loi, faisant supposer la mauvaise foi du contrevenant, oblige celui-ci à démontrer son défaut d'intention ou, d'une façon plus générale, à fournir une preuve qui détruise la suspicion légitime.

21. — Systèmes actuellement en vigueur en droit comparé

Le nouveau Code de procédure italien (décret du 28 octobre 1940) n'a pas repris la maxime « pas de nullité sans grief » mais, a cependant consacré dans ses articles 156 et suivants sur la nullité de forme le système comminatoire relatif, système du Code de procédure allemand actuel.

L'Angleterre applique traditionnellement le système comminatoire absolu (v. supra n° 20).

Quant à notre décret du 30 octobre 1935, modifiant partiellement le Code de procédure civile, nous verrons qu'il a fait sienne la règle : « pas

de nullité sans grief », en ce qui concerne les nullités de forme tout au moins.

Nous allons voir maintenant dans la partie qui va suivre le fonctionnement détaillé d'un système obligatoire relatif à propos de l'étude du Code de procédure primitif, puis celui d'un système comminatoire relatif quand nous étudierons le système introduit par le décret du 30 octobre 1935.

22. — Limitation de la querelle de ces quatre systèmes aux seules nullités de forme

En tout cas, il ressort des quatre systèmes étudiés, le principe général que les nullités de fond, quel que soit le système adopté en législation, sont obligatoires pour le Juge qui doit les appliquer automatiquement sans appréciation possible du cas d'espèce, probablement parce que ces nullités touchent le plus souvent, plus ou moins directement, à l'ordre public, les conditions de fond étant de l'essence même de l'acte (v. supra n° 8). Nous verrons apparaître ce principe tout le long de cet ouvrage, sous le régime obligatoire relatif du Code de procédure civile primitif comme sous le régime comminatoire relatif du décret du 30 octobre 1935. Au contraire, la grande querelle des systèmes comminatoires et des systèmes obligatoires reprend toute son ampleur à propos des nullités de forme, celles-ci étant presque toujours d'intérêt privé et, par conséquent, leur application stricte étant plus ou moins utile suivant les cas d'espèce que seul le Juge est en mesure d'apprécier.

* *

→

PREMIÈRE PARTIE

LE SYSTÈME

DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

(jusqu'à la loi du 12 janvier 1933)

Cette première partie sera consacré à l'étude du système primitif du Code de procédure civile et à son application pratique, tandis que la deuxième traitera du système transitoire posé par la loi du 12 janvier 1933, de l'adoption définitive du système comminatoire relatif par le décret-loi du 30 octobre 1935 et donnera les grandes lignes du système actuel.

Dans un chapitre premier, nous examinerons les textes du Code de procédure civile relatifs aux nullités des actes de procédure. Ces textes, nous le verrons, présentent des lacunes et manquent de souplesse : notre deuxième chapitre sera donc consacré à leur interprétation par la Doctrine. Le troisième chapitre montrera le travail d'adaptation fourni par la Jurisprudence et par les usages des praticiens à Paris. Le quatrième chapitre esquissera les grandes lignes du système des nullités en vigueur jusqu'en 1933 et le cinquième les principaux systèmes étrangers. Les quatre premiers chapitres auront préparé le lecteur à la réforme du système des nullités du Code de procédure opérée successivement par la loi du 12 janvier 1933 et par le décret-loi du 30 octobre 1935, qui feront l'objet de notre deuxième Partie.

CHAPITRE PREMIER

Les textes primitifs

23. — Sources du code de procédure civile

Puisque la procédure est « la mise en œuvre active, technique et pratique du Droit », l'élaboration d'un Code Civil appelait logiquement la confection d'un Code de procédure civile.

De même qu'un arrêté de l'An VIII avait nommé une commission chargée de rédiger le projet du Code Civil, de même un arrêté du 3 Germinal An X nomma une commission comprenant les jurisconsultes Treilhard, Conseiller d'Etat ; Try ; Berthereau, Président du Tribunal Civil de la Seine ; Seguiet, Premier Président du Tribunal d'Appel de Paris ; Pigeau, ancien Avocat au Châtelet ; et Fondeville, secrétaire, avec mission de rédiger un projet de Code de procédure.

Cette commission, composée de praticiens imbus de l'esprit de la procédure de l'Ancien Régime, reproduisit à peu de choses près le système de l'Ordonnance de 1667. Le projet, publié en l'An XII, fut soumis à la critique de la Cour de Cassation et des Cours d'Appel, puis discuté au Conseil d'Etat, qui ne lui consacra que vingt-trois séances entre le 20 avril 1805 et le 29 mars 1806, dont deux seulement furent présidées par Napoléon. Les différents livres du Code de procédure civile furent successivement décrétés par le Corps Législatif et promulgués par l'Empereur aux mois d'avril et de mai 1806. L'article 1041 portait enfin que l'ensemble de ces textes serait exécuté à partir du 1^{er} janvier 1807.

Malheureusement, dès son entrée en vigueur, ce Code soulevait déjà de nombreuses critiques. Il avait été rédigé hâtivement, les pouvoirs publics ne s'y étant pas intéressés autant qu'au Code Civil. Aussi présentait-il des lacunes. Il était en outre inspiré d'une pensée de réaction contre la simplification excessive des formes dont le gouvernement de la Convention avait voulu faire l'expérience. Il était donc retombé d'un excès dans l'autre. Sous l'impulsion de ses rédacteurs mêmes, il était revenu à l'abus des formalités, des précautions, des lenteurs de l'Ancien Régime.

Le système des nullités de procédure qu'il a institué va illustrer d'une façon éclatante les critiques dont il a fait l'objet : système incomplet, système trop rigide, formaliste et sans souplesse.

L'étude des principaux textes concernant les nullités nous en fera dès à présent apparaître tous les inconvénients.

24. - Les textes généraux

Les textes essentiels sont les articles 1029, 1030 et 173.

Article 1029 : « Aucune des nullités, amendes et déchéances, prononcées dans le présent Code, n'est comminatoire ».

Article 1030 : « Aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul, si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi.

Dans les cas où la loi n'aurait pas prononcé la nullité, l'officier ministériel pourra soit pour omission, soit pour contravention, être condamné à une amende, qui ne sera pas moindre de cinq francs et n'excédera pas cent francs ».

Ces deux textes fondamentaux sont placés sous un titre final : « *Dispositions générales* », qui indique bien leur portée.

L'article 173 est inséré au livre II de la première partie du Code, sous un titre neuvième : « Des exceptions », Par. 3 : « Des nullités ». Il est ainsi rédigé : « Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte, si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autres que les exceptions d'incompétence ».

Article 1029

Ainsi, l'article 1029 énonce-t-il expressément l'intention bien arrêtée du législateur : aucune des sanctions du Code de procédure civile ne sera comminatoire. Le système comminatoire absolu de l'Ancien Droit, qui abandonnait tout au moins au Juge la libre appréciation des nullités de forme, est impitoyablement écarté. La nouvelle législation n'admet même pas le système comminatoire relatif avec la maxime « pas de nullité sans grief » appliquée par le Parlement de Toulouse sous l'empire de l'Ordonnance de 1667 ; elle entend revenir à la rigidité du système obligatoire de l'Ordonnance de 1667. Les nullités, qu'elles viennent de l'inobservation des conditions de fond ou de forme de l'acte de procédure, ne sont pas abandonnées à la libre appréciation du Juge, car, elles ne sont pas édictées à titre de simples menaces. Du moment que la loi a prévu la nullité, celle-ci doit être appliquée automatiquement par le Juge sans tenir compte de l'opportunité de la mesure, abstraction faite du cas d'espèce.

La rigueur de cette règle : « pas de nullités ou de déchéances comminatoires », est due sans aucun doute à l'esprit routinier des rédacteurs du Code de procédure civile, praticiens imbus des règles de l'ancienne procédure, et à leur intention de réagir contre les abus criants de la procédure trop simplifiée de la Convention qui avait confirmé pleinement la véracité immuable de la célèbre maxime de Loysel : « De brief juge, folle sentence » (1). Mais aussi la France venait d'être secouée par une révolution sans précédent dans l'histoire, elle avait connu les horreurs de la Terreur, puis, le choc en retour d'une réaction si violente qu'on l'avait appelée à son tour « la terreur blanche ».

Les esprits n'étaient donc pas suffisamment apaisés pour que l'on pût compter sur une impartialité parfaite des magistrats : ceux-ci, sous prétexte d'apprécier l'opportunité des nullités, auraient pu se laisser aller à la satisfaction de leurs passions et rancunes politiques, accordant les nullités avec facilité à leurs amis contre les gens de la faction rivale, et refusant au contraire de les appliquer au profit de ces derniers. Voilà, semble-t-il, autant de raisons qui expliquent l'exagération de ce retour en arrière du Code de procédure.

Article 1030

Dans un système de nullités obligatoires pour le Juge, la règle : « pas de nullité comminatoire » a évidemment pour corollaire nécessaire la règle : « pas de nullité sans texte ». D'où la rédaction de l'article 1030 qui pose cette dernière règle d'une façon formelle. Si en effet on permettait au Juge de créer des nullités en dehors des textes, ce serait leur donner en cette matière une faculté d'appréciation qui serait contraire à l'essence même du système obligatoire puisque l'application de celles-ci serait abandonnée une fois de plus à leur arbitraire éventuel. Cependant au cas où la nullité n'est pas formellement prononcée par la loi, l'article 1030 apporte ici un tempérament au caractère obligatoire du système des sanctions adopté par le Code : le Juge aura la liberté de condamner ou de ne pas condamner à une amende l'officier ministériel qui aura omis une condition édictée par la loi ou qui y aura contrevenu.

Article 173

Quant à l'article 173, il semble avoir été rédigé dans les termes les plus généraux et devoir s'appliquer sans distinction à toutes les nullités, d'intérêt public ou d'intérêt privé, de fond ou de forme. Mais ce n'est

(1) Voir supra n° 23.

qu'une apparence, et qui tombe au premier examen un peu attentif du texte. L'article 173 emploie bien les termes évidemment très larges de : « Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure... » mais, il ajoute immédiatement : « ...est couverte, si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autres que les exceptions d'incompétence ». Or, quelles sont les nullités qui peuvent être couvertes ? Seules les nullités relatives ou d'intérêt privé, à l'exclusion des nullités absolues ou d'ordre public (v. supra n° 16), peuvent être en principe confirmées par ceux qui seraient en droit de les invoquer. Donc, l'article 173 ne peut s'appliquer qu'aux nullités d'intérêt privé. Encore faut-il faire ici une distinction : une nullité de fond comme celle qui résulte de l'incapacité du plaideur est bien une nullité d'intérêt privé, puisqu'elle a été instituée en vue de protéger l'incapable, mais l'article 173 ne lui est pas applicable à raison du caractère même de l'institution de l'incapacité qui est d'ordre public. Si en effet on admettait que la nullité pour incapacité pût être couverte par la règle de l'article 173, ce serait retirer au mineur la protection que la loi sur la minorité a jugée comme lui étant indispensable. Tant que durera l'incapacité du mineur, la règle de l'article 173 ne s'appliquera pas à la nullité de l'acte de procédure résultant de son incapacité (v. supra n° 8 et n° 16, caractéristiques de la nullité relative de procédure : 2°). Par contre, nous avons vu que les nullités de forme sont en principe d'intérêt privé, puisqu'elles ont presque toujours pour but de garantir la liberté de la défense de chaque plaideur (v. supra n° 3, 10, 12, 22). Donc, l'article 173 s'appliquera en principe à toutes les nullités de forme, sauf les rares exceptions où ces formes sont considérées comme étant d'ordre public (v. supra n° 16, ce qui a été dit à propos du troisième groupe de lois, lois relatives à l'action en justice et à la procédure proprement dite).

25. — Les textes spéciaux

L'exactitude du précédent raisonnement est d'ailleurs vérifiée par les textes spéciaux relatifs à la nullité de la citation en justice pour incompétence : articles 168, 169 et 170 (1^e partie, livre II, titre 9^e, par. 2 : des renvois).

Article 168 :

« La partie qui aura été appelée devant un tribunal autre que celui qui doit connaître de la contestation pourra demander son renvoi devant les juges compétents ».

Article 169 :

« Elle sera tenue de former cette demande préalablement à toutes autres exceptions et défenses ».

Article 170 :

« Si néanmoins le tribunal était incompétent à raison de la matière, le renvoi pourra être demandé en tout état de cause ; et si le renvoi n'était pas demandé, le Tribunal sera tenu de renvoyer d'office devant qui de droit ».

L'article 170, qui s'applique à la compétence d'attribution considère bien celle-ci comme étant d'ordre public et entraînant une nullité absolue de l'ajournement (v. supra n° 16, deuxième catégorie des règles de procédure) puisqu'il permet à la partie de demander le renvoi « en tout état de cause », même après toutes autres exceptions et défenses, et au tribunal de l'ordonner « d'office » (v. supra n° 16, caractéristique de la nullité absolue de procédure).

Au contraire, les articles 168 et 169 ne visent que la compétence territoriale, et, comme celle-ci est considérée comme étant d'intérêt privé (v. supra n° 16, deuxième catégorie des lois de procédure), la nullité de l'ajournement pour incompétence sera, contrairement à celle de l'article 170, relative et couverte en tant que telle si elle n'est pas invoquée « préalablement à toutes autres exceptions et défenses ».

On voit l'analogie des articles 173 et 169 qui provient de ce que la nullité pour violation d'une règle de forme comme celle résultant de l'incompétence territoriale sont toutes deux d'intérêt privé, parce qu'elles sont en principe édictées pour assurer la libre garantie du droit de défense.

Les textes spéciaux édictant des peines de nullité sont répartis dans le Code. Les principaux articles qui prévoient expressément la nullité sont les articles 61, 64, 65, 66, 68 et 69 relatifs aux règles de forme des ajournements, les articles 257, 260, 261, 262, 269, 271, 273, 274, 275, 278, 280, 292, 293 et 294 concernant les procédures d'enquête, l'article 344 relatif aux reprises d'instance en cas de décès de l'une des parties, l'article 456 sur les formes de l'acte d'appel, l'article 460 sur l'exécution provisoire nonobstant l'appel, l'article 565 sur la validité de la saisie-arrêt, les articles 608 et 609 en matière de saisie-exécution, les articles 673 à 678 inclus, 690 à 693 inclus, 696, 698, 699, 704, 705, 706, 709, 717 (715 nouveau), 728, 729, 732 en matière de saisie immobilière, l'article 778 en matière d'ordre.

Nous avons vu le manque de souplesse des textes fondamentaux des articles 1029 et 1030, la portée restreinte malgré les apparences de l'article 173. En outre, les textes spéciaux sont souvent incomplets parce qu'il y en a peu qui prévoient expressément la nullité et que certains articles qui posent des règles aussi importantes, par exemple, que celles relatives aux formes de la citation en justice de paix (art. 1^{er} et suiv.), ne sont pas sanctionnés par la nullité.

Il y avait là un magnifique champ d'interprétation pour la Doctrine dont nous allons maintenant étudier le travail d'assouplissement et les commentaires pour combler les lacunes du Code de procédure civile.

CHAPITRE II

Les commentaires de la doctrine

26.- *Distinction par la doctrine des nullités du fond et des nullités de forme*

Nous avons vu (supra n° 8) que notre Code de procédure ne contient aucune théorie générale de l'action. Aussi, il n'est pas étonnant de n'y trouver aucune théorie générale de l'acte de procédure, et encore moins celle des nullités, notamment la distinction essentielle entre les nullités de forme et de fond. C'est l'honneur de notre Doctrine d'avoir suppléé ces lacunes.

Elle a distingué, tout d'abord, en commentant l'article 173 (v. supra n° 24) les nullités de forme des nullités de fond.

Dès 1839, l'ouvrage classique de Bioche (Dictionnaire de Procédure, 2^e éd., tome II, p. 715, n° 278 et suiv.) signalait, timidement, il est vrai, les deux espèces de nullités fondamentales : « 1^o les nullités d'exploits ou d'actes de procédure proprement dites, 2^o les nullités du fond », autrement dit : les nullités de forme et les nullités de fond. Il définissait les nullités du fond « celles qui ne consistent pas dans un simple moyen de forme », réservant donc l'appellation de « nullités de procédure proprement dites » aux seules nullités de forme.

Pourquoi Bioche excluait-il les nullités de fond des « nullités de procédure proprement dites » et réservait-il cette expression aux nullités de forme ? — La réponse est facile. La Doctrine ne voyait alors dans l'acte de procédure que l'élément : « instrumentum ». Elle ne voyait l'acte de procédure que sous l'angle des conditions de forme auxquelles il était soumis. Il n'était au contraire jamais envisagé sous l'angle des conditions de fond, il n'était pas pris dans le sens de l'opération juridique réalisée, dans son élément : « negotium ». C'est que la Doctrine n'avait pas encore dé-

gagé que l'acte de procédure est un acte juridique (1) et qu'en tant que tel il est non seulement soumis à des conditions de forme mais aussi à des conditions de fond (v. supra n° 3 à 7). L'acte de procédure était donc uniquement considéré sous son aspect formaliste de telle sorte que les nullités de fond (« celles qui ne consistent pas dans un simple moyen de forme et sont, au contraire, fondées sur un moyen de droit ou sur une considération d'ordre public », selon la définition de Bioche dans l'ouvrage précité) n'étaient pas considérées comme de véritables nullités des actes de procédure.

27.- Régime extra-textuel des nullités de fond

Les auteurs en tiraient logiquement la conséquence que ces nullités de fond échappent aux textes du Code qui visent les nullités des exploits et actes de procédure, tels les articles 173 et 1030 C. pr. civ.

C'est ainsi que Bioche écrivait dans le même ouvrage (p. 716 Exploit), à propos des nullités du fond : « Ces nullités sont substantielles et absolues ; et, à la différence des premières (les nullités de forme ou « nullités des actes de procédure proprement dites »), elles peuvent être prononcées, encore bien que dans aucun article du Code de procédure elles ne soient mentionnées. L'article 1030 est exclusivement applicable aux nullités d'exploit et actes de procédure ».

Bien que ces nullités de fond n'aient été nulle part mentionnées dans le Code, les auteurs ont été unanimes à désigner principalement comme telles les nullités sanctionnant les conditions d'exercice de l'action et résultant du défaut de droit, d'intérêt, de capacité ou de qualité (v. supra n° 8).

Ces nullités sont substantielles, car, elles vicient radicalement l'acte de procédure, aussi correct qu'il puisse être dans sa forme. Ces nullités sont absolues puisqu'elles sont « fondées sur un moyen de droit ou sur une considération d'ordre public » (Bioche, *ibidem*) et elles peuvent donc être proposées en tout état de cause, sans pouvoir être couvertes sauf par l'autorité de la chose jugée (v. supra n° 16). L'article 173 ne leur est donc pas applicable, qui déclare couverte la nullité de l'acte qui n'a pas été proposée « avant toute défense ou exception autres que les exceptions d'incompétence ».

Le régime des nullités de fond est donc, on le voit, de construction purement doctrinale.

(1) Voir cependant dans le Précis Élémentaire de procédure civile de M. Laborde-Lacoste l'introduction, fin de la p. 8 et début de la p. 9.

28. — *Tempéraments proposés pour l'application des textes aux nullités de forme*

Par contre, la Doctrine a toujours admis que les articles 173, 1029 et 1030 s'appliquent pleinement aux nullités de forme des actes de procédure, à ce que Bioche appelle « les nullités d'exploits ou actes de procédure proprement dites ».

Seulement, elle a presque tout de suite été frappée par la rigidité du système institué par le Code, qui tient en une proposition aussi sévère que sèche : « pas de nullités abandonnées à l'appréciation du juge » dont les deux corollaires sont constituées par les articles 1029 : « pas de nullité comminatoire », et 1030 : « pas de nullité sans texte ».

Aussi, les auteurs, en s'inspirant de certains courants jurisprudentiels, ont-ils proposé différents correctifs au caractère excessif de ce système obligatoire : la théorie des « équipollents » pour adoucir la règle de l'article 1029 et celle des nullités virtuelles pour atténuer la rigueur aveugle de l'article 1030.

29. — *Théorie des équipollents (échec à l'article 1029)*

La règle de l'article 1029 « Pas de nullité comminatoire » comporte deux conséquences importantes :

1^o) Le Juge est obligé de prononcer la nullité édictée par la loi, même si cette sanction paraît imméritée au regard de celui qui a violé la loi.

2^o) La sanction n'est pas subordonnée à l'existence d'un préjudice subi par la partie adverse.

Nous retrouverons tout à l'heure cette deuxième conséquence et nous n'avons, pour le moment, à nous occuper que de la première.

Si un acte de procédure est entaché d'un vice de forme pour lequel la loi édicte une nullité, celle-ci peut gravement préjudicier à la partie qui a fait cet acte ou pour le compte de laquelle cet acte a été fait. Or, cette partie peut être fort excusable d'avoir commis une erreur de procédure, surtout lorsque l'acte a été fait pour elle par son mandataire légal, avoué, huissier ou avocat à la Cour de Cassation et au Conseil d'Etat. Mais, l'article 1029 est formel : le juge est lié lorsque la prononciation d'une nullité est prévue par la loi, sans qu'il puisse apprécier le bien-fondé de cette nullité appliquée à chaque cas d'espèce.

Devant l'automatisme exagéré de ce système de sanction, les auteurs ont été unanimes à convenir qu'il ne fallait pas toujours l'appliquer à la lettre mais qu'il fallait au contraire le tempérer d'après les circonstances

de fait de chaque cas particulier. Et ils ont proposé la théorie suivante, dite « théorie des équipollents » ou des « équivalents » : Les énonciations prescrites dans les actes de procédure et notamment dans les exploits ne constituent pas des termes sacramentels, puisque le Code de procédure a voulu adopter un système obligatoire relatif et non le système obligatoire absolu des législations primitives. Elles peuvent donc être valablement remplacées par des termes « équipollents » ou « équivalents », mais à condition, naturellement, que ces « équipollents » ne laissent aucun doute sur l'accomplissement de la formalité qu'ils sont destinés à suppléer de telle sorte que chaque adversaire soit normalement averti des intentions de l'autre et qu'il n'y ait pas pour lui de méprise possible (v. ce qui a été dit supra, plusieurs fois, à propos de la garantie de la liberté du droit de défense).

Bien plus, les diverses parties d'un exploit se complètent réciproquement et les lacunes ou les inexactitudes de chacune d'elles peuvent être comblées ou réparées par les indications des autres, et même par celles d'un acte dont il est donné copie en tête de l'exploit.

Nous verrons dans le chapitre suivant que cette théorie a été largement appliquée par la Jurisprudence.

Mais, c'est surtout à l'élaboration d'un système satisfaisant des nullités « virtuelles » (2) que la Doctrine a consacré son principal effort.

30. — *Les différents systèmes de nullités virtuelles* (échec à l'article 1030)

L'article 1030 consacre en effet le principe des nullités « textuelles » (3). Il n'y a pas de nullité sans un texte qui l'édicte et le juge ne peut donc pas ajouter d'autres cas de nullité à ceux que la loi a établis.

Ainsi, il semble que les rédacteurs du Code ont voulu supprimer en cette matière tout pouvoir d'appréciation du Juge. Tout le problème paraît donc consister à rechercher si la loi contient ou ne contient pas le mot de nullité. Si la nullité est expressément prévue, elle doit être obligatoirement prononcée par le Juge même si l'irrégularité de forme est sans grande importance. Sinon, l'acte est valable, même si le vice de forme porte sur une mention particulièrement importante de l'acte. Ils ont voulu, disait le Tribun Mallarmé au Corps Législatif, « prévenir les abus qu'une longue et triste expérience pourrait faire craindre de voir renaître... Il ne sera plus au pouvoir du Juge de confirmer ou d'annuler un acte suivant que des cir-

(2) Voir plus haut ces nullités n° 15.

(3) Voir plus haut ibidem.

constances ou des considérations particulières pourront l'y porter ; il ne devra à cet égard prendre conseil que de la loi ; ses efforts seront bornés à en faire l'application littérale sans qu'il puisse jamais en modérer ou en aggraver la rigueur ».

Il est permis de se demander quelle peut être l'utilité d'un magistrat professionnel lorsque le rôle de celui-ci est purement passif et automatique ? L'avantage du Juge sur la Loi, disait Anatole France, c'est d'être « vivant » (4) et, par conséquent, de pouvoir adapter la loi à chaque cas d'espèce, tout en respectant naturellement l'esprit de celle-ci. Ici, rien de tel ; les rédacteurs du Code ont voulu une loi « morte », donc aveugle : Ils ont voulu et ils ont cru attacher définitivement la nullité des actes à l'inobservation des formes les plus importantes (v. supra n° 20, Système obligatoire relatif). Ils ont seulement oublié ou bien qu'ils étaient des hommes et faillibles en tant que tels, ou bien qu'il avait été trop présumé des capacités du Législateur en lui demandant de bâcler un travail qui aurait dû être de longue haleine (v. supra n° 23).

Le résultat s'est irrémédiablement traduit par des lacunes assez nombreuses des textes : alors que la procédure d'enquête abusait des nullités (v. supra n° 25 tous les articles du Code qui leur sont consacrés), la loi n'a pas expressément indiqué dans certains cas où cela eut été cependant nécessaire la peine de nullité. Ainsi, aucun texte n'édicte la nullité pour le défaut de la signature de l'huissier instrumentaire au bas d'un exploit. La nullité n'est pas non plus prévue par la loi en matière d'actes du palais, ni pour les citations en justice de paix (article 1^{er} et suiv.). Pour ne prendre que ces dernières, on ne pouvait pas tolérer, sous prétexte qu'aucun texte ne prononçait la nullité, que l'huissier pût les rédiger à sa guise sans indiquer, par exemple, les noms des parties, ni l'objet de la demande. Une telle façon de procéder aurait pu entraîner une grave méprise de la part du défendeur, ce qui aurait entravé la liberté sacrée de son droit de défense.

Il fallait donc combler ces lacunes du Code de procédure en admettant des nullités « virtuelles », des nullités « en puissance », même en l'absence de textes les prononçant expressément. Les auteurs ont alors proposé deux systèmes principaux :

Le système des nullités résultant des textes prohibitifs

Au lieu de s'en tenir au procédé stérile de rechercher si la loi contient ou ne contient pas le mot de nullité, pour la prononcer, Pigeau (Commen-

(4) Voir « Jean Marteau » (Conte).

taires, t. 1^{er}, p. 391) et Boncenne (Théorie de la Procédure Civile t. 3, p. 275) ont proposé une théorie des nullités « virtuelles » fondée sur la distinction entre les lois prohibitives et les lois impératives.

Ils se sont inspirés de la règle posée par les Empereurs Théodose et Valentinien au « Code de legibus », loi V, suivant laquelle sont frappés d'une nullité absolue tous les actes faits contre la prohibition de la loi.

Pour eux, toute disposition « prohibitive » de la loi implique la peine de nullité, telles les dispositions du type suivant : « Tel acte ne pourra pas être fait », ou « ne pourra être fait qu'à telle condition », ou « tel acte ne sera valable que si..., ne sera pas valable (ou recevable) si... » Au contraire, les dispositions « impératives » : « Tel acte devra contenir telle mention. Tel acte devra être fait dans telles conditions... » ne sont pas considérées comme prononçant implicitement la nullité, parce que la loi ne dénie pas formellement la possibilité de l'acte contraire à cette règle.

Pigeau avait, nous l'avons vu, participé à la rédaction du Code de Procédure. Il semblait donc particulièrement autorisé à commenter la volonté profonde de cette entité qu'on appelle « le Législateur ». Mais, il nous faut convenir avec M. Japiot (ouvrage déjà cité supra) que ces distinctions aussi subtiles qu'arbitraires sont des « procédés scolastiques discutables ».

Le système des nullités substantielles et accessoires

Il faut croire que le précédent système n'avait pas convaincu entièrement l'un de ses promoteurs, car Boncenne (même ouvrage, t. 3, p. 371) a proposé une autre théorie des nullités « virtuelles » : celle des nullités substantielles et des nullités accessoires.

Selon cet auteur illustre, les nullités substantielles ou essentielles sont attachées aux omissions qui heurtent profondément l'intention du législateur de telle sorte que le but par lui visé est manqué et l'économie de la procédure renversée. Ces omissions présentent donc une gravité telle qu'elles vicient la substance même de l'acte et légitiment la prononciation de la nullité, même dans le silence des textes, si bien que l'article 1030 vise seulement les irrégularités assez légères pour que la nullité ne s'impose pas en dehors d'un texte formel. Et ces irrégularités bénignes n'engendrent pour cette raison que des nullités dites accessoires ou secondaires qui ne s'imposent au Juge que si elles sont formellement édictées par la loi.

Ce système a été repris d'une façon brillante par MM. Glasson, Tissier et Morel dans leur « Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile » (n° 441). Selon eux, « la loi a sous-entendu une règle fondamentale, celle d'après laquelle la nullité est d'une

part la sanction nécessaire des conditions et formalités essentielles sans lesquelles l'acte ne peut exister ou n'a pas le caractère que la loi a voulu lui donner ou ne peut atteindre le résultat que la loi en attend, et est aussi, d'autre part, la sanction de l'absence de conditions ou de formes ayant un caractère d'ordre public... On a jugé inutile de formuler une règle aussi évidente et aussi nécessaire qui laisse d'ailleurs au Juge, pour son application, un assez large pouvoir d'appréciation ». Quant à la formalité secondaire, elle « est sans doute d'une certaine utilité mais ne donne pas à l'acte son caractère », si bien qu'il peut « arriver que l'omission d'une formalité secondaire, suivant les cas, entraîne nullité ou ne produise pas cet effet, selon que cette nullité sera ou non consacrée par un texte ». Ainsi, est une formalité accessoire, le visa du fonctionnaire public sur l'original de l'exploit qui lui est signifié, car, si la mention de ce visa est prescrite à peine de nullité en matière d'assignation (art. 69 et 70 C. pr. civ.), la nullité n'est pas prévue par la loi pour les exploits autres que les exploits d'ajournement.

MM. Glasson, Tissier et Morel donnent au contraire comme exemple de formalités substantielles celles qui sont énumérées par l'article 1^{er} du Code, en ce qui concerne les citations en justice de paix (noms et domicile des parties, objet de la demande, etc.).

Système mixte de Carré et Chauveau

Enfin, Carré et Chauveau ont proposé un système mixte : 1^o lorsqu'il s'agit de dispositions prohibitives de la loi, il y a nullité virtuelle dans tous les cas,

2^o si les dispositions sont seulement impératives, il faut distinguer : il y a nullité, même en l'absence d'un texte, en cas de formalités substantielles tandis que l'article 1030 reprend son empire pour les formalités accessoires seules.

Critérium de M. Japiot

Pour M. Japiot (ouvrage déjà cité n^o 38 et suivants), « toutes les définitions de ce genre sont illusoires, parce qu'une telle séparation n'existe pas dans la réalité ». « Toutes les formalités de la plus importante à la moins utile ont la même nature, toutes concourent à faire de l'acte, qui se trouve constitué par leur réunion, cet ensemble complexe qu'il doit présenter pour répondre au vœu de la loi ». M. Japiot propose donc, pour savoir quand on peut admettre des nullités virtuelles, de « se reporter directement au but de la règle » et d'en « peser l'importance au regard des intérêts », lesquels seront d'un côté « l'intérêt général qui s'attache à l'observation de la loi et

demande une sanction », de l'autre « l'intérêt général de la marche des instances qui proteste contre les nullités susceptibles d'entraver une procédure ». Et M. Japiot conclut : « Il faudra admettre la nullité si l'intérêt qui s'attache à la nullité, c'est-à-dire à l'intérêt protégé par la loi violée, est plus digne de considération que l'intérêt adverse qui s'attache à la validité de l'acte. »

31. — Mouvement doctrinal en faveur de la maxime « Pas de nullité sans grief »

Toutes les théories que nous venons d'étudier n'ont comme but que l'aménagement ou le tempérament du système trop rigoureux des nullités, institué par le Code pour les raisons données plus haut. Elles n'apportent qu'un correctif partiel à la rigueur des articles 1029 et 1030.

La Doctrine se devait de faire œuvre un peu plus révolutionnaire, puisque ce mot est à la mode aujourd'hui.

Elle a précisément trouvé la matière de sa réforme dans la deuxième conséquence, indiquée supra, du principe de l'article 1029 : La sanction de nullité n'est pas subordonnée à l'existence d'un préjudice subi par la partie adverse. Le juge ne peut donc pas refuser de prononcer la nullité sous prétexte que l'irrégularité commise n'a pas causé de préjudice à l'adversaire.

Les commentateurs du Code de procédure civile ont, dans les premières années de sa mise en vigueur, applaudi à ce retour au système de l'Ordonnance de 1667. Ils approuvaient pleinement la répudiation de la maxime de l'Ancien Droit : « Nullité sans grief n'opère rien », et M. Dalloz dans sa « Jurisprudence Générale du Royaume, depuis l'origine de la Cour de Cassation jusqu'à 1824 compris » (t. 7, p. 692 et suiv.) ajoutait que « dans une matière qui, comme celle des exploits, préside à toutes les contestations, qui les dirige toutes, la fixité est la plus sûre des garanties, le bienfait le plus signalé qui ressorte d'une justice bien donnée » et que « jamais pour atteindre ce but, le magistrat n'aura de guide plus certain que la loi ».

Cependant, dès 1841, Berriat-Saint-Prix affirmait avec force dans son ouvrage déjà cité ici la supériorité du principe « pas de nullité sans grief » sur tous les autres systèmes des nullités : « Pour revenir à l'objet de notre Mémoire, les exemples cités et les observations précédentes ont dû faire sentir combien le système adopté à Naples, c'est-à-dire, le système où l'on restreint les nullités aux formes capitales et où l'on accorde au juge le droit de ne point s'arrêter aux irrégularités des formes peu importantes lorsque les circonstances le permettent, et surtout lorsque ces irrégularités n'ont

point causé de préjudice effectif, est bien plus conforme à l'équité et aux intérêts du corps social que notre système rigoureux, d'après lequel le juge est forcé d'annuler les actes irréguliers sans pouvoir prendre en considération les circonstances ni le défaut de préjudice. »

Depuis lois, les auteurs (5) n'ont presque pas cessé de se prononcer en faveur de ce système comminatoire, dans lequel ils voyaient les avantages suivants : diminution de l'esprit de chicane, souplesse du système des nullités mieux adapté à la cadence sans cesse accrue de la vie des affaires modernes. Leurs efforts conjugués avec le travail de la Jurisprudence que nous allons maintenant étudier ont abouti, nous le verrons, au retour au principe de notre Ancien Droit.

32. — Commentaire de l'article 173

Enfin l'article 173 était suffisamment clair et complet pour qu'il ne retienne pas outre mesure l'attention de la Doctrine. Aussi renvoyons-nous, en ce qui le concerne, aux commentaires que nous en avons donnés aux numéros 24 et 26 *supra*. Il intéresse de plus principalement le domaine de la pratique : nous renvoyons donc pour son application au numéro 40 *infra* (chapitre suivant).

(5) Voir notamment dans le Traité de procédure de Tissier, Glasson et Morel déjà cité le n° 443.

CHAPITRE III

La Jurisprudence

Nous allons maintenant étudier l'œuvre des Tribunaux en suivant, dans la mesure du possible, le plan adopté dans le chapitre précédent, ainsi que l'ordre chronologique des décisions, et en réservant pour la fin de ce chapitre les constructions proprement jurisprudentielles.

33.- Distinction des nullités de fond et des nullités de forme

Le germe de la distinction des nullités de fond et des nullités de forme se trouve dans un arrêt de rejet de la Chambre des Requêtes du 4 avril 1810 (Epoux Fasciaux, Jurisp. Dalloz de l'Origine de la Cour de Cassation à 1824, exception de nullité, t. 7, des exceptions du fond, p. 634-636) à propos du défaut d'intérêt de l'une des parties : « Attendu que l'article 173 C. pr. civ. est inapplicable à l'espèce, dans laquelle il ne s'agit ni de nullité, ni d'aucun acte de procédure », l'arrêt conclut que l'exception tirée du défaut d'intérêt peut être proposée en tout état de cause, même pour la première fois en appel. Sans doute les termes de cet « attendu » sont-ils excessifs, car, il s'agit bien ici d'une nullité. Seulement, c'est une nullité de fond dont il s'agit puisque l'arrêt nous dit qu'il ne s'agit pas d'une nullité « d'aucun acte de procédure ». La décision distingue donc, comme le fait Bioche (v. supra n° 26), les nullités du fond et les « nullités d'acte de procédure », parce que l'acte de procédure est uniquement considéré sous son aspect formaliste et non pas sous l'angle de ses conditions de fond.

Un arrêt de rejet de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 24 novembre 1817 (Aff. Guébbart, Jurisp. Dalloz citée supra, p. 699) a précisé cette distinction à propos de l'incompétence de l'huissier à faire des actes de son ministère à la requête de la partie qui l'a constitué son mandataire général et spécial : « Considérant qu'il ne s'agit point ici d'une simple nullité de forme à laquelle on puisse appliquer l'article 1030 C. pr. civ. qui ne permet pas d'admettre les nullités d'exploits ou d'actes de

procédure qui ne seraient pas expressément prononcées par la loi ; que l'acte d'appel du 28 mars 1816 est nul par l'incompétence de l'huissier qui l'a signifié, par son défaut de qualité, défaut qui est le plus grand vice des actes ; que cette incompétence et ce défaut de qualité résultent de la qualité même du mandataire général et spécial de Guébbart que Chevalier avait acceptée ; qu'un huissier ne pourrait évidemment instrumenter par lui-même et dans sa propre cause ; qu'en acceptant le mandat, il a fait sa propre cause de celle de son mandant, celui-ci et son mandataire n'étant censés qu'une seule et même personne».

Enfin deux arrêts de la Cour de Bordeaux en date du 1^{er} mars 1826 (D. 26. 2. 145) et du 16 mars 1827 (D. 28. 2. 39) ont clairement énoncé que l'article 173 ne s'applique qu'aux nullités de forme contenues dans les exploits ou autres actes de procédure «et non à celles qui tiennent *au fond et à la substance d'un acte*».

Cette distinction des nullités de fond et des nullités de forme a depuis lors été souvent reprise par la Jurisprudence : Grenoble, 9 janvier 1827 (D. 28. 2. 99) pour la forclusion de l'article 726 C. pr. civ. en matière d'ordre, Cass. 11 mai 1887, Gaz. Pal. 87. 1. 727, en cas de défaut de qualité, Douai 1^{er} décembre 1923, Gaz. Pal. 1924. 1. 337, pour défaut de capacité.

C'est l'arrêt de la Cour de Paris du 15 février 1916 (D. 1917. 2. 31) qui l'a formulée dans les termes les plus heureux : «L'art. 173 C. pr. civ. aux termes duquel toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte si elle n'est proposée avant toute défense au fond ou exception autres que les exceptions d'incompétence ne s'applique qu'aux nullités de forme affectant les exploits d'huissiers et les actes de procédure des avoués. Cette règle ne s'étend pas aux nullités intrinsèques qui touchent au fond du droit, comme notamment l'incapacité de l'une des parties, fin de non-recevoir qu'on peut soulever, en tout état de cause».

Les arrêts précités distinguent donc les nullités de fond des nullités de forme et trouvent l'origine de cette distinction dans les articles 173 et 1030 C. pr. civ. qui, selon eux, ne s'appliquent qu'aux nullités de forme des actes de procédure. Mais comme aucun autre article du Code ne traite des nullités de fond en général, la Jurisprudence a été obligée de construire un système des nullités de fond que nous allons brièvement étudier.

34.—*Système prétorien des nullités de fond*

Pour élaborer tranquillement ce système prétorien, il fallait écarter l'application de l'article 1030 en matière de nullités de fond. Cet article

proclame en effet qu'il n'y a pas «de nullité sans texte». Donc, pour que les praticiens pussent créer des nullités de fond en dehors de la volonté formelle de la loi, et dans le silence des textes, il leur fallait décider que celles-ci échappent au domaine de l'article 1030. C'est ce qu'exprime clairement l'arrêt précité de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 24 novembre 1817: «Considérant qu'il ne s'agit point ici d'une simple nullité de forme à laquelle on puisse appliquer l'article 1030 C. pr. civ. qui ne permet pas d'admettre des nullités d'exploits, ou d'actes de procédure qui ne seraient pas expressément prononcées par la loi».

Après avoir ainsi soustrait les nullités de fond à l'empire de l'article 1030, il restait aux arrêts de donner sinon le criterium de ces nullités, du moins leur catalogue suffisamment complet.

Le criterium de nullité de fond dégagé par la Jurisprudence est assez vague. Pour elle, les nullités de fond sont celles qui «touchent au fond du droit» ou qui «touchent à l'ordre public».

Aussi est-il préférable de se reporter au catalogue des nullités de fond donné par les principales décisions. C'est ainsi que «touchent au fond du droit» 1° les nullités résultant du défaut des conditions de l'action, tel que le défaut de qualité (Bordeaux 16 mars 1827, D. 28. 2. 39.— Cass. 11 mai 1887, Gaz. Pal. 87. 1. 727), le défaut de capacité (Paris 3 mars 1898, Pand. franç. 99. 2. 73.— Paris 15 février 1916, D. 17. 2. 31.— Douai 1^{er} décembre 1923, Gaz. Pal. 24. 1. 337), le défaut d'intérêt (Lyon 6 décembre 1898, Loi 18 février 1899), le défaut de droit (Req. 29 août 1832, D. 32. 1. 369); 2° les déchéances «résultant de l'inobservation des délais dans lesquels la loi prescrit d'accomplir certains actes» (Toulouse 8 août 1832, D. 33. 2. 45.— Civ. Cass. 23 mars 1864, D. 64. 1. 118.— Civ. Cass. 9 mars 1931, Gaz. Pal. 31. 1. 739) (1).

«Touchent à l'ordre public», par exemple, l'incompétence de l'huissier instrumentaire (Civ. rejet 24 novembre 1817 précité, et Ch. réunies 8 novembre 1831, D. 31. 1. 345), la nullité de l'appel formé contre un jugement rendu en dernier ressort (Toulouse 21 novembre 1828, D. 29. 2. 186) ou résultant de sa tardivité (Req. 20 avril 1868, D. 68. 1. 424) (2), la nullité d'un ajournement pour incompétence «matérielle» ou «d'attribution» (Req. rejet 21 juillet 1837, D. 37. 1. 378), la signification d'un jugement de paix par défaut par un huissier autre que l'huissier y commis, car,

(1) Par exemple: la déchéance de l'art. 173 du droit de proposer des nullités de forme des actes de procédure (Cass. 28 juillet 1911, Gaz. Trib. 24 septembre 1911).

(2) Contra: Poitiers 26 juillet 1920 (Gaz. Pal. 21. 1. 519).

cette commission d'huissier est «imposée dans un intérêt d'ordre public, pour garantir la remise fidèle et prompte d'une signification qui doit servir de point de départ au délai très bref accordé pour l'opposition» (Req. 24 juin 1931 Mon. Juge Paix 1931 277). Rappelons en tout cas, ici, ce que nous avons dit supra n° 16, à savoir que la notion d'ordre public est une notion relative et variable qui explique souvent les solutions contraires, en apparence, de la Jurisprudence.

Restait à donner à ces nullités de fond leur régime propre. La Jurisprudence a, pour les raisons que nous avons déjà mentionnées plus haut, repoussé l'application de l'article 173 en cette matière. Celui-ci s'applique aux nullités de forme seules qui sont couvertes par les défenses au fond (Civ. Cass. 4 novembre 1901. D. 1902. 1. 285). Au contraire, les nullités de fond peuvent en principe être opposées en tout état de cause. Tel est leur régime qui est résumé en termes on ne peut plus explicites par un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 16 novembre 1926 (Gaz. Pal. 27. 1. 305) : «Si les irrégularités relatives à la forme des actes de procédure sont couvertes, en vertu de l'article 173 C. pr. civ., quand le débat a été accepté, ce principe est sans application lorsque les irrégularités tiennent au fond du droit et celles-ci peuvent être opposées dans tout le cours du procès, tant devant les premiers juges que devant la juridiction du deuxième degré».

Enfin, la Jurisprudence est restée muette sur la question de savoir s'il y avait lieu d'appliquer ou de ne pas appliquer l'article 1029 aux nullités de fond, mais les Juges, à chaque fois qu'ils ont découvert des nullités de fond, les ont prononcées automatiquement, conformément à cet article.

35.- Régime textuel des nullités de forme

Par contre, la Jurisprudence a invariablement rangé les nullités de forme sous l'empire des articles 173, 1029 et 1030 C. pr. civ.

Nous développerons tout à l'heure les commentaires donnés par les Tribunaux de l'article 173. Mais nous étudierons d'abord l'interprétation des articles 1029 et 1030. Ces deux derniers articles, dont l'un consacre la maxime : «pas de nullité comminatoire» et l'autre celle : «pas de nullité sans texte», sont, nous l'avons vu dans le chapitre précédent, les corollaires du principe général qu'a voulu adopter le Code : «pas de nullité abandonnée à l'appréciation du Juge».

Dans les toutes premières années du Code de procédure, les Juges ont assez strictement appliqué ces deux textes. Puis, ils ont rapidement remarqué le manque de souplesse de ces deux articles et les difficultés

pratiques de leur application stricte et uniforme à des cas d'espèce aussi nombreux que variés. Ils ont alors voulu tempérer cette rigueur aveugle de notre Code et ils en ont trouvé le moyen dans la mise en pratique de cette maxime du Droit Naturel sur laquelle repose toute l'utilité des formes en procédure : « Nul ne peut être condamné s'il n'a pas été mis en mesure de présenter sa défense » (v. supra n° 10). C'est l'honneur de notre Jurisprudence d'avoir su dégager le vrai critère des nullités de forme, en abandonnant nettement le terrain trop étroit des « formulaires de la pratique » pour s'élever dans les régions plus hautes et plus fécondes de la Philosophie du Droit. Et l'on remarque continuellement à la lecture des arrêts, cette préoccupation dominante des Juges : assurer « la garantie de la liberté de la défense », qui se traduit par ces formules : l'acte est valable, l'acte n'est pas nul parce que « l'adversaire a eu un délai plus que suffisant pour préparer sa défense » (3), ou « l'adversaire n'a pas pu se méprendre sur les termes des énonciations prescrites par la loi » (4) ou « la partie a été mise en mesure de préparer ses moyens de défense » (5) ; ou bien, l'acte doit être annulé parce que « l'irrégularité commise a eu pour conséquence de porter atteinte à la libre défense des parties » (6).

Ce souci constant du Juge s'est traduit, dans le domaine de l'article 1029, par l'application systématique de la « théorie des équipollents » qui est venue tempérer la rigidité de cet article et par l'adoption progressivement généralisée de la maxime « pas de nullité sans grief », qui a tourné le sens même de la règle posée par le Code.

Enfin, la « théorie des formalités substantielles » a permis aux Tribunaux de prononcer des nullités en dehors des textes, contrairement à l'article 1030, au cas de « l'omission d'une formalité essentielle pouvant atteindre le droit de la défense » (7).

36. — *Application de la théorie des équipollents* (échec à l'article 1029)

Les Tribunaux ont presque tout de suite adopté à l'unanimité la théorie des « équipollents » pour tempérer le formalisme de l'article 1029. Par exemple, nous avons vu supra (n° 12) que l'exploit d'ajournement devant

(3) Besançon 17 décembre 1808 (Jurisp. Dalloz citée supra p. 766).

(4) Alger 5 avril 1905 (D. 1906. 2. 149).

(5) Rennes 15 juin 1909 (Gaz. Trib. 7 janvier 1910).

(6) Civ. 20 janvier 1891 (Gaz. Pal. 91. 1. 200).

(7) Aix 11 avril 1888 (Rec. d'Aix 1889. 1. 256). — Civ. 1^{er} janvier 1881 (D. 81. 1. 129).

le Tribunal civil doit contenir la «constitution d'un avoué». Doit-on déclarer nul l'exploit qui n'emploie pas les mots «constitution» ou «se constituer», mais qui contient les expressions «ayant Me Untel pour avoué», ou «élisant domicile chez Me Untel». Le bon sens nous dicte la solution de la négative: du moment que le demandeur indique le nom d'un avoué, c'est évidemment celui de l'avoué qu'il a choisi pour introduire sa demande. Et «le vœu du législateur se trouve suffisamment rempli» selon l'expression des arrêts, lorsque les termes employés par le demandeur manifestent suffisamment son intention de «constituer» l'avoué indiqué dans l'exploit introductif d'instance.

Seules, quelques décisions se sont montrées réfractaires à ce système tout imprégné d'équité. Encore se situent-elles dans les premières années de l'existence de notre Code de Procédure. Elles émanent, fait curieux, des deux mêmes «régions» de la France: Rennes, ancienne capitale du Duché de Bretagne pour l'Ouest, Nîmes et Montpellier, importants centres de l'ancienne province du Languedoc, et Aix, capitale de la Provence, pour le Midi, ce qui montre bien l'existence de jurisprudences locales propres.

L'arrêt de Montpellier du 5 août 1807 (Jurisp. Dalloz déjà citée, p. 755) déclare l'élection de domicile faite chez un avoué insuffisante pour remplacer la constitution: «Considérant que l'article 61 C. pr. civ. exige impérieusement que la citation en appel contienne constitution d'avoué, à peine de nullité; que l'article 1029 dispose que les nullités prononcées par le Code ne sont point comminatoires, d'où il suit qu'elles doivent être prononcées avec rigueur et à la lettre;... car, cette élection de domicile n'excluait pas la constitution de tout autre avoué; or, si les appelants avaient la faculté de constituer un autre avoué dans l'exploit dont il s'agit, indépendamment de l'élection de domicile par eux faite en la personne dudit Me Besset, il est évident que la seule élection de domicile contenue dans cet exploit est insuffisante et qu'elle n'a pu suppléer la constitution d'avoué exigée par la loi...»

La Cour d'Aix, le 9 mai 1810 (même recueil p. 727), a décidé qu'il ne suffit pas qu'on puisse fixer la date d'un exploit par les énonciations qu'il contient et que la date des jour, mois et an doit y être exprimée à peine de nullité (article 61 C. pr. civ.), «attendu que s'il était permis de se soustraire à la simplicité des formes prescrites par la loi, en employant des expressions susceptibles de commentaires et d'interprétation, on verrait se reproduire dans la procédure tous les abus et les inconvénients que le législateur a voulu détruire par la peine de nullité qu'il a attachée à la violation de ces formalités; attendu que c'est sans succès que le sieur

Orregia a soutenu que la mention de la cinquième année du règne de Napoléon supplée suffisamment la mention de l'année 1809».

Un arrêt de la Cour de Rennes du 23 août 1817, même recueil p. 792, a déclaré nul l'exploit d'ajournement remis au propriétaire de la partie assignée habitant la même maison, si les formalités prescrites par la remise au voisin n'ont pas été observées : « Considérant que si la Jurisprudence a étendu l'acceptation ordinaire du mot serviteurs à des personnes attachées, sous quelque nom que ce soit, au service de la partie assignée, elle ne peut s'appliquer au propriétaire de la maison qu'elle occupe et qui habite un appartement différent... » Mais, contrairement à l'arrêt de Montpellier, si cet arrêt a appliqué rigoureusement l'article 1029, parce qu'il se croyait tenu par la lettre du texte, il regrettait, en quelque sorte, en ces termes de ne pas pouvoir tenir compte de l'esprit du texte : il prononçait la nullité « quoique l'omission de la formalité prescrite par la loi ne lui ait causé aucun préjudice » (8), au défendeur bien entendu, et « quoiqu'il n'existe aucun doute sur la remise de cette copie à Mlle. Mignot », car, « la loi est tellement impérative à cet égard »...

Un second arrêt de la Cour de Rennes du 15 décembre 1824 (ibidem p. 747) a annulé l'acte d'appel dont la copie portait, par erreur, un autre nom que celui de l'appelant, encore que le contexte de l'acte, les prénoms et les qualités énoncés pussent bien désigner le véritable requérant, « considérant que, suivant l'article 1029 du même Code, aucune nullité qu'il prononce ne peut être réputée comminatoire ».

Enfin, la Cour de Nîmes, dans un arrêt du 19 janvier 1842 (D. 42. 2. 194), a déclaré nul l'acte d'appel dont la copie est ainsi formulée : « A la requête du Juge de Paix du Canton d'Aubenas », sans exprimer que l'appelant est domicilié au même lieu, nonobstant la connaissance personnelle qu'avait l'intimé que le domicile réel de l'appelant, son proche parent, est en ce lieu, « attendu que lorsque la loi présente une disposition expresse et que son texte est clair, elle doit être exécutée dans les termes où elle est conçue, sans qu'il soit permis de s'écarter de ce qu'elle prescrit littéralement sous prétexte de suivre ce qu'on voudrait appeler l'esprit ».

Par contre, la Cour Suprême, dès l'année 1804, a consacré cette théorie et, depuis cette date jusqu'en 1933, plus de cent cinquante arrêts de la Cour de Cassation et des Cours d'Appel en ont fait une application constante et systématique.

Le premier arrêt de la Cour de Cassation appliquant la théorie des équipollents est du 27 Floréal An X (Jurisp. Dalloz déjà citée, p. 748) :

(8) Voir infra n° 37.

il n'est pas nécessaire à peine de nullité de donner copie entière du procès-verbal de conciliation, en tête de l'assignation introductive d'instance; «il suffit que la comparution en bureau de paix soit constatée».

Puis, les arrêts des 9 Frimaire An XI (ibidem, p. 732) et 7 Nivôse An XI (ibidem, p. 836) ont consacré le même principe. Le premier pose qu'un exploit n'est pas nul par le motif que l'huissier aurait pris la qualité d'«officier ministériel près les Tribunaux de Paris», «attendu que la qualité d'officier ministériel indiquait suffisamment celle de l'huissier, surtout dans un exploit de signification et à une époque antérieure à la réorganisation des avoués». Le second adopte plus nettement encore la théorie des «équipollents» en affirmant que l'omission de la date de l'année n'est pas une cause de nullité d'une signification d'arrêt d'admission, si d'ailleurs la partie a pu connaître cette date soit au moyen des actes signifiés, soit par les énonciations de l'exploit, «considérant qu'en tête de l'exploit de signification dont il s'agit, est donnée copie entière de l'arrêt d'admission du 4 Messidor An X et que ledit exploit d'icelui, daté du 18, énonce ledit jugement du 4 Messidor sous la date de ... 4 du présent, ce qui réfère nécessairement et évidemment la date de l'exploit du 18 au 18 Messidor An X».

Enfin, un arrêt de la Chambre des Requêtes du 23 novembre 1836 (D. 1838. 1. 446) a consacré en termes les plus généraux la théorie des «équipollents»: «Les erreurs ou omissions commises dans un exploit n'en entraînent pas la nullité toutes les fois qu'on y trouve des énonciations qui peuvent réparer ces erreurs et omissions».

Si nous considérons maintenant les sept catégories de formalités essentielles de l'exploit d'ajournement ou de l'acte d'appel (v. supra n° 12), nous constaterons que la Cour régulatrice a souvent appliqué à chacune d'elles le système des équivalents:

1^o) mentions relatives à la date: Req. 7 décembre 1829 (D. 30. 1. 24) - Req. 7 mars 1833 (D. 33. 1. 145) - Civ. 24 décembre 1839 (D. 40. 1. 73) - Civ. 4 août 1856 (D. 56. 1. 334) - Civ. 3 décembre 1856 (D. 56. 1. 436) - Req. 5 mai 1858 (D. 58. 1. 286) - Civ. 4 décembre 1861 (D. 62. 1. 74) - Civ. 29 août 1865 (D. 65. 1. 331);

2^o) mentions relatives à la personne du demandeur: Req. 23 avril 1834 (D. 34. 1. 235) - Civ. 18 février 1828 (D. 28. 1. 137) - Ch. Réunies 26 novembre 1838 (D. 38. 1. 408) - Civ. 25 juillet 1860 (D. 60. 1. 330) - Req. 27 octobre 1913 (Gaz. Pal. 1913. 2. 471);

3^o) mentions relatives à la constitution d'avoué (ou d'avocat à la Cour de Cassation et au Conseil d'Etat): Req. 21 décembre 1831 (D. 32. 1. 27) - Req. 21 août 1832 (D. 32. 1. 365) - Civ. 25 janvier 1843 (D. 43. 1. 227);

4^o) mentions relatives à l'huissier instrumentaire: Req. 17 mai 1843 (D. 43. 1. 379) - Civ. 20 février 1900 (Gaz. Pal. 1900. 1. 368);

5^o) à la personne du défendeur: Civ. 31 décembre 1873 (D. 74. 1. 85) - Civ. 5 janvier 1886 (Gaz. Pal. 86. 2. suppl. 45) - Civ. 13 avril 1908 (D. 1908. 1. 303) - Civ. 21 juillet 1908 (Gaz. Pal. 1908. 2. 198) - Req. 2 février 1925 (Gaz. Pal. 25. 1. 755);

6^o) mentions relatives à l'objet de la demande: Req. 10 avril 1861 (D. 61. 1. 315) - Civ. 14 novembre 1898 (D. 99. 1. 65);

7^o) mentions relatives à l'indication du tribunal: Req. 7 mai 1862 (D. 62. 1. 465) - Civ. 20 juin 1882 (Gaz. Pal. 83. 1. 433) - Civ. 2 mai 1906 (Gaz. Pal. 1906. 2. 8.).

Seuls, les cinq arrêts des Cours d'Appel précités ont repoussé la théorie des «équipollents» pour appliquer à la lettre la rigueur de l'article 1029.

L'unanimité de la Jurisprudence, avons-nous dit, a au contraire consacré cette théorie. Seulement, lorsqu'il s'agit de la mettre en pratique, l'unanimité cesse et les mêmes juges qui s'accordaient à la reconnaître sont divisés sur la qualification des «équipollents»: les uns considèrent comme équipollente telle énonciation que les autres n'admettent au contraire pas comme telle. Le meilleur exemple en est la matière de la «constitution» d'avoué. Peut-on considérer comme équivalente à la constitution d'avoué la simple élection de domicile chez le même avoué? Nous allons voir que les arrêts ont répondu à cette question d'une manière variable, bien que leur majorité, se ralliant à l'opinion de la Cour de Cassation, ait opté pour l'équipollence.

Un arrêt de rejet de la Chambre des Requêtes du 21 août 1832 (D. 32. 1. 365) a statué dans ce dernier sens en ces termes: «La loi ne prescrit pas de termes sacramentels pour exprimer la constitution d'avoué. Elle peut résulter des équipollents qui ne permettent pas de douter qu'elle existe, comme par exemple, de l'élection de domicile dans l'étude d'un avoué portée dans un exploit d'appel».

Au contraire, un arrêt de la Cour de Poitiers du 31 décembre 1840 (D. 42. 2. 258) a refusé la qualification d'équivalence à l'élection de domicile: «attendu que, suivant l'article 61 C. pr. civ., l'assignation ou ajournement doit contenir, à peine de nullité, élection de domicile et constitution d'avoué; attendu que l'acte d'appel signifié à Peignon ne contient qu'élection de domicile chez Me Brécard, avoué à la Cour; attendu que, par ces expressions on voit bien que l'intention de Peignon a été de constituer Me Brécard; mais que, dans cette matière, il est impossible de réputer l'intention pour le fait et qu'en admettant même les équipollences, on ne

peut interpréter le silence, lui donner un sens ; qu'enfin si la Jurisprudence a admis que la constitution d'avoué entraîne l'idée d'une élection de domicile, on ne peut pas dire, par un raisonnement contraire, que l'élection de domicile entraîne constitution d'avoué, puisqu'il peut y avoir rigoureusement élection de domicile chez cet avoué et constitution d'un autre».

Nous avons relevé trois arrêts dans le sens de la Cour de Poitiers : Toulouse, 7 août 1848 (D. 48. 1. 200) et 26 avril 1856 (D. 56. 2. 199), Rennes 27 juillet 1887 (Gaz. Pal. 87. 2. 307), et trois autres dans celui de la Cour de Cassation : Dijon 16 janvier 1865 (D. 65. 2. 72), Caen 21 janvier 1867 (D. 68. 2. 109), Lyon 30 décembre 1896 (Mon. jud. de Lyon 10 avril 1897).

La Jurisprudence de la Cour Suprême est en tout cas constante pour fixer le cadre normal de l'équipollence dans les limites suivantes : c'est dans l'acte lui-même que doivent se trouver les énonciations équivalentes à celle qui fait défaut (Civ. 21 juillet 1908, D. 1908. 1. 575 - Civ. 21 avril 1931, Gaz. Pal. 31. 2. 98). Enfin, en ce qui concerne la preuve de l'existence d'un exploit, elle étend le champ de l'équipollence : « le défaut de représentation d'un exploit peut être suppléé par d'autres actes démontrant son existence ; la preuve de l'existence d'un exploit peut être puisée dans des constatations extrinsèques, notamment dans l'extrait des registres de l'Enregistrement, lorsqu'il révèle suffisamment la nature de l'acte, sa date certaine, et le nom des parties » (Civ. 9 janvier 1930, Gaz. Pal. 30. 1. 487) (9).

37. - Application de la maxime : « Pas de nullité sans grief »
(échec à l'article 1029 et à l'article 1030)

1° Echec à l'article 1029 :

Mais la théorie des « équipollents » se montrait incapable à elle seule d'atténuer les excès de l'article 1029. En effet, dans le cas où l'acte entaché de nullité ne contenait pas en lui-même de mentions équivalentes, le Juge se voyait contraint en présence d'un texte formel de prononcer la nullité, même s'il était démontré qu'en raison des circonstances de fait, l'omission génératrice de la nullité n'avait pas empêché l'adversaire de se défendre en toute connaissance de cause. Tel était le cas lorsque la copie d'un exploit n'ayant pas été remise à une des personnes limitativement désignées par l'article 68 C. pr. civ. à peine de nullité (voisin, maire, etc.), cette copie était néanmoins parvenue à son destinataire sans retard et dans des

(9) Voir contra Agen 12 juin 1854 (D. 55. 2. 27).

conditions telles que celui-ci n'avait pas pu en éprouver, en fait, aucun préjudice ni aucune gêne dans l'exercice de ses droits. Il eut été choquant de déclarer dans ce cas le destinataire recevable à invoquer la nullité. C'est ce qu'a compris très vite la Jurisprudence qui a renforcé sa théorie des « équivalents » par l'adoption de la maxime « Nullité sans grief n'opère rien ».

Un arrêt de la Cour de Dijon du 10 mars 1931 (Mon. Juge de Paix 1932. 16) a résumé en termes particulièrement heureux les différences d'application de ces deux systèmes : « Bien qu'édictées à peine de nullité, les prescriptions des articles 61 et 68 C. pr. civ. ne sont pas tellement impératives qu'on ne puisse suppléer aux formalités qu'elles prévoient soit par les énonciations mêmes de l'exploit (théorie des équipollents), soit en raison des circonstances de fait desquelles il résulte que, du moins, le vœu de la loi a été pleinement observé et que les droits de la personne assignée n'ont été en rien lésés par l'irrégularité de forme commise » (« pas de nullité sans grief »). Seulement, l'adoption complète de cette maxime de l'Ancien Droit était œuvre trop révolutionnaire, puisqu'elle allait à l'encontre même du texte de l'article 1029 : « pas de nullité comminatoire », et le violait ouvertement. Aussi, sur cent cinquante années de jurisprudence n'avons-nous relevé qu'environ deux douzaines d'arrêts qui aient, en présence d'une nullité textuelle, franchement consacré la maxime : « Pas de nullité sans grief » et fait échec à l'article 1029 en examinant si l'omission assortie de nullité par la loi avait ou non causé un préjudice à la partie adverse.

Certes, le nombre des décisions est restreint quand on le compare à toutes celles qui, de 1924 à 1933, ont prononcé la nullité d'exploits pour vice de forme sans en subordonner l'application à l'existence d'un préjudice, par application pure et simple de l'article 1029 (Paris 29 juin 1929, Gaz. Trib. 19-21 janvier 1930 - Caen 3 novembre 1930, Recueil de Caen et Rouen 1931, 1931. 2. 42 - T. C. Seine 8 janvier 1926, Journal Trib. Com. 1928 p. 35 - Caen 18 février 1924, Rec. de Caen 1924, 103 - Civ. 30 juillet 1925, Gaz. Pal. 25. 2. 733 - Poitiers 4 mai 1927, D. P. 27. 2. 160 - Montpellier 29 décembre 1930, Mon. Juge Paix 1931, 65) (10).

Mais si le nombre de ces décisions est restreint, il n'en reste pas moins

(10) Cette dernière décision rappelle la règle en termes très fermes : « Aux termes de l'art. 1029 C. pr. civ. le juge n'a pas à apprécier s'il doit ou non appliquer un texte édictant la nullité d'acte de procédure. Spécialement, la partie qui a intérêt à faire écarter les dépositions des témoins entendus dans une enquête peut se prévaloir de ce que les délais impartis par l'art. 269 C. pr. civ. pour la citation à donner aux témoins n'ont pas été respectés pour faire déclarer nulles les dépositions de ces témoins. »

que cette minorité d'arrêts a nettement fait échec à l'article 1029 en subordonnant la nullité à l'existence d'un préjudice. Nous allons voir en les étudiant qu'il est inexact d'écrire à leur sujet, comme l'a fait M. Jean Chevallier, dans un excellent exposé « Commentaires sur la loi du 12 janvier 1933 » (D.P. 1933. 4. 77 et suiv.) : « Certaines de ces décisions constatent l'existence d'un préjudice ; d'autres au contraire constatent l'absence de tout préjudice. Il n'y en a pas qui, constatant l'irrégularité, ne prononce pas la nullité en invoquant l'absence de préjudice. Une semblable décision n'eut pas échappé à la censure de la Cour Suprême. »

Et d'abord, la Cour de Cassation elle-même par six fois a adopté « une semblable décision ».

La première fois par un arrêt de rejet de la Chambre des Requêtes du 31 janvier 1821 (Jurisp. Dalloz déjà citée, p. 618), qui a, il est vrai, admis la maxime « pas de nullité sans grief », mais comme accessoire seulement de la théorie des « équipollents » « attendu, sur le troisième moyen, qu'il ne porte que sur une simple erreur de date, suffisamment rectifiée par les actes mêmes où elle se rencontre et qu'elle n'a d'ailleurs porté aucun préjudice au sieur Tourailles ».

Le deuxième arrêt, Civ. 15 mars 1882 (Gaz. Pal. 1883. 1. 49), s'est exprimé de la même manière : « L'erreur commise dans les indications essentielles d'un acte de procédure n'a pas pour effet d'entraîner la nullité de cet acte, lorsque la partie à laquelle il a été signifié a trouvé dans les autres énonciations qu'il contient le moyen de rectifier cette erreur et n'en a éprouvé aucun préjudice ».

L'arrêt de la Chambre Civile du 9 février 1891 (Gaz. Pal. 91. 1. 596) a été plus loin et a consacré l'application pure et simple de la maxime « pas de nullité sans grief », indépendamment de la théorie des « équivalents », en ces termes : « une erreur, dans un exploit signifié à un mari à la requête de sa femme, sur le domicile actuel de celle-ci, n'entraîne pas nullité de l'exploit, lorsque cette erreur n'a point été préjudiciable au mari qui, en l'état des relations d'affaires ayant toujours existé entre les époux, n'a pu se méprendre et ne s'est pas mépris sur le domicile réel de la demanderesse à laquelle il a fait faire à ce domicile diverses notifications ».

De même, l'arrêt de la même Chambre du 8 juillet 1920 (Gaz. Pal. 20. 2. 292) : « Si d'après l'article 437 C. pr. civ. l'opposition à un jugement par défaut doit contenir, avec les moyens, assignation dans les délais de la loi, l'indication dans cette assignation d'un domicile élu, au lieu du domicile réel de l'opposant, répond suffisamment au vœu de la loi, lorsque la partie adverse a pu signifier utilement ses moyens de défense. »

Enfin, deux arrêts de la Chambre Civile (Civ. 27 mai 1921, Gaz. Pal. 21. 2. 219 ; et 11 février 1931, Gaz. Pal. 31. 1. 517) ont adopté la même attitude pour l'indication du délai de comparution prévu par l'article 72 C. pr. civ. en affirmant que « la nullité d'un acte d'appel ne peut être prononcée pour cause d'erreur » (dans l'indication de ce délai), « que si le délai indiqué dans l'exploit d'ajournement est inférieur au délai légal accordé par cet article, et si par suite l'indication irrégulière est de nature à préjudicier aux droits de l'intimé ».

Suivant en cela les décisions précitées de la Cour Suprême et les précédant même quelquefois, plusieurs arrêts des Cours d'Appel, après avoir constaté le vice de forme, se sont abstenus de prononcer la nullité en invoquant l'absence de préjudice, contrairement aux affirmations de Monsieur Jean Chevallier.

L'arrêt le plus ancien en la matière est celui de la Cour de Colmar du 23 janvier 1818 (Jurisp. Dalloz déjà citée p. 734) qui, ayant constaté l'omission dans la copie de l'exploit des noms, demeure et immatricule de l'huissier, nullité formellement prévue par l'article 61 C. pr. civ., a cependant décidé que cette omission n'était pas une cause de nullité de l'appel « lorsqu'elle n'a causé aucun préjudice à l'intimé et qu'il a comparu sur l'assignation ».

La deuxième décision, aussi typique que la précédente, émane de la Cour de Poitiers (16 janvier 1824 D. 25. 2. 53 et la note en renvoi p. 54) : en matière de saisie immobilière avant la loi du 2 juin 1841, les dispositions de l'article 695 C. pr. civ. portant qu'un exemplaire du placard prescrit par l'article 694 serait notifié aux créanciers inscrits 8 jours au moins avant la première publication étaient, conformément à l'article 717, prescrites à peine de nullité, mais, la Cour de Poitiers n'a pas prononcé cette nullité « considérant que, dans l'état de la cause, Vesque et Amiet sont sans intérêt réel à demander la nullité de la saisie immobilière dont il s'agit, à partir de l'époque déterminée par le jugement dont est appel, puisque l'irrégularité qu'ils relèvent dans la notification prescrite par les articles 694 et 695 C. pr. civ. ne porte absolument aucun préjudice à leurs droits et qu'ils sont en mesure de les faire valoir ».

En ce qui concerne la date des exploits, trois arrêts des Cours d'Appel de Bourges du 21 août 1839 (D. 40. 2. 258), d'Alger du 19 mai 1908 (D. 1909. 251) (11), de Douai du 12 avril 1910 (D. 13. 2. 182) ont jugé que

(11) et (12) Les arrêts d'Alger perdent de leur valeur du fait que l'art. 69 de l'ordonnance du 26 septembre 1842, toujours appliquée en Algérie, a accordé aux juges algériens un certain pouvoir d'appréciation en déclarant les nullités de forme « facultatives ».

l'omission ou l'erreur de date n'entraîne pas la nullité de l'exploit « lorsqu'elle n'a porté aucun préjudice aux intéressés ».

Les arrêts des Cours de Bordeaux du 2 mars 1843 (D. 43. 4. 214), de Chambéry du 2 juin 1902 (Mon. Jud. de Lyon des 24-25 mai 1903), de Caen du 17 décembre 1913 (Recueil de Caen 1914. 48), de Paris du 25 juin 1914 (Gaz. Pal. 1914 et 1915. 2. 109) ont refusé de prononcer la nullité d'un exploit d'appel ou d'une signification de jugement, malgré le texte formel de l'article 61 C. pr. civ., parce que l'erreur ou le défaut d'indication du domicile de l'appelant ou du demandeur n'avait causé « aucun préjudice » à l'intimé ou au défendeur.

Les Cours d'Appel de Grenoble (1^{er} février 1898, D. 98. 2. 413), de Paris (30 avril 1908, Gaz. Pal. 1908. 2. 57), d'Alger (8 avril 1909, Journ. Trib. Alger, 7 juillet 1909) (12), de Rennes (3 novembre 1927 Rec. Rennes 1927. 267) se sont également abstenues de prononcer la nullité des exploits d'ajournement ou d'appel lorsque l'erreur dans l'indication du délai à comparaître, ou la détermination imprécise de celui-ci, ou l'omission de l'indication de l'augmentation du délai à raison des distances n'a porté « aucun préjudice » au défendeur.

De même, un arrêt de la Cour d'Appel de Rennes en date du 15 juin 1909 (Gaz. Trib. 7 janvier 1910) a subordonné l'application de nullités formellement prévues par la loi à l'existence d'un préjudice, de la manière suivante : les originaux des actes d'appel, comme leurs copies, doivent contenir, à peine de nullité, tant sur la qualité de l'appelant (art. 61, 1^o) que sur la décision entreprise (même article 3^o), « toutes les indications nécessaires pour que la partie contre laquelle est formé l'appel soit en mesure de contrôler le droit de l'appelant et de préparer en outre ses moyens de défense », mais, « si malgré les omissions de la copie qui lui est délivrée il apparaît que l'intimé n'a pu se méprendre sur la notification qui lui était faite, — par exemple, si, ayant déjà reçu une notification régulière et complète d'appel dans l'une des deux affaires où il figurait avec sa femme, il a dû forcément appliquer dans sa pensée la deuxième notification faite par copie unique à l'autre affaire où il figurait seul et comprendre nécessairement qu'elle concernait l'autre jugement, puisqu'il n'y en avait eu que deux prononcés ce jour-là dans lesquels il fût partie — si l'indication incomplète de la qualité de l'appelant et l'absence d'indications précises sur l'objet même de la décision n'ont pu déterminer dans sa pensée aucune erreur ou confusion, dont ses intérêts et leur défense aient pu souffrir, il est mal

(12) Voir à la page précédente la note (11).

fondé à invoquer la nullité de la notification et il y a lieu de tenir pour valable et régulier l'appel ainsi formé ».

La Cour d'Appel de Rouen le 30 juillet 1923 (Gaz. Trib. 30 décembre 1923) a posé en principe que « la nullité d'un acte d'appel inexactly rédigé dérive du principe de sauvegarde du droit de défense et le droit n'est en aucune façon méconnu lorsque la partie n'a pu ignorer en fait ni l'objet de l'appel, ni le tribunal dont la décision est entreprise, ni la juridiction devant laquelle l'appel doit être porté ».

Rappelons aussi les termes du dernier arrêt avant la loi du 12 janvier 1933 (Dijon 10 mars 1931, cité supra) : « bien qu'édictees à peine de nullité les prescriptions des articles 61 et 68 C. pr. civ. ne sont pas tellement impératives qu'on ne puisse suppléer aux formalités qu'elles prévoient... en raison des circonstances de fait desquelles il résulte que du moins le vœu de la loi a été pleinement observé et que les droits de la personne assignée n'ont été en rien lésés par l'irrégularité de forme commise ».

Enfin, un jugement du Tribunal Civil de la Seine du 13 juillet 1882 (Gaz. Pal. 83. 2. 98) prouve, ainsi que les deux arrêts de la Cour de Paris déjà cités, les dispositions très favorables de la jurisprudence parisienne à l'égard de la maxime « pas de nullité sans grief », puisqu'il disait notamment : « Les nullités de procédure, notamment celles d'un exploit introductif d'instance, ne doivent être prononcées qu'autant que la loi serait expressément violée ou que la procédure critiquée lèserait une des parties en lui enlevant les moyens de se défendre efficacement ».

Jusqu'ici, nous avons étudié l'emploi par la jurisprudence de la maxime « pas de nullité sans préjudice » pour faire échec à la règle de l'article 1029 C. pr. civ. « pas de nullité comminatoire ». Devant un texte précis et formel du Code de procédure édictant une nullité de forme, les juges ont constaté l'irrégularité mais, tenant compte de ce que celle-ci n'avait causé « aucun préjudice » à l'adversaire, ils n'ont pas prononcé la nullité et ont au contraire validé l'acte vicié.

2° Echec à l'article 1030 :

Nous allons maintenant voir fonctionner le deuxième mode d'emploi du principe « pas de nullité sans grief » par les arrêts : en l'absence d'un texte édictant la nullité, les juges ont cependant admis l'annulation d'un acte pour vice de forme, contrairement à la règle de l'article 1030 (« pas de nullité sans texte »), lorsque ce vice de forme, non assorti d'une nullité par la loi, a causé un préjudice à l'adversaire de celui qui a effectué l'acte.

Le germe de ce deuxième procédé apparaît dans un arrêt de la Cour de Besançon du 17 décembre 1808 et dans un arrêt de la Cour de Nîmes du

15 mai 1811 (tous deux dans le recueil de jurisprudence Dalloz déjà cité, p. 766). Ces deux arrêts ont nettement affirmé l'obligation pour les juges de respecter la règle de l'article 1030, en ne créant pas des nullités en dehors des textes, et notamment l'arrêt de Besançon dans les termes suivants : « attendu que l'article 1030 C. pr. civ. dit formellement qu'un exploit ne peut être déclaré nul si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi, qu'il faut donc distinguer le défaut d'énonciation du délai avec l'erreur qui peut se trouver dans la désignation du délai fixé par l'exploit ; que, lorsqu'il n'y a aucun délai énoncé, l'exploit est nul suivant l'article 61 C. pr. civ. mais que, lorsqu'il en a été fixé un, sans que les termes en soient strictement conformes aux articles 72 et 1033, alors l'exploit est valable parce que ces deux articles n'attachent point la peine de nullité à l'infraction de leurs dispositions ». Et ils ont refusé de prononcer la nullité de l'acte attaqué, « attendu que d'ailleurs l'intimé a eu un délai plus que suffisant pour préparer sa défense » (premier arrêt) et « attendu d'ailleurs que, dans l'espèce, tous les cités se sont présentés sans qu'aucune poursuite ait été faite en défaut contre eux ; que dès lors ils n'ont reçu ni pu recevoir aucun grief du défaut de supplément de délai à raison des distances » (deuxième arrêt). Ces derniers attendus permettent donc de penser, par un raisonnement a contrario, que les arrêts se seraient prononcés pour la nullité, en violation du principe même de l'article 1030 qu'ils rappelaient, s'ils avaient relevé l'existence d'un grief au détriment des défendeurs.

Un arrêt de la Cour de Montpellier du 15 mai 1847 (D. 49. 5. 183) démontre l'exactitude de ce raisonnement : pour lui, l'omission, dans une demande en péremption formée par un acte d'avoué à avoué, de l'immatricule de l'huissier qui l'a signifiée n'est pas une cause de nullité, « attendu que l'article 61 C. pr. civ. est en effet inapplicable aux actes d'avoué à avoué ; qu'il exige la mention de l'immatricule de l'huissier dans l'ajournement afin que la justice ne puisse se méprendre sur le caractère de l'officier ministériel ; mais qu'une telle disposition ne saurait être invoquée lorsqu'il s'agit d'actes signifiés d'avoué à avoué, par un huissier audiencier au Tribunal ou à la Cour où occupent ces officiers ministériels ; que de tels exploits ne sauraient être annulés que lorsque l'omission qui s'y rencontre est de nature à inférer un préjudice à la partie en ce qu'elle porterait sur une formalité essentielle, telle, par exemple, que la date ou la signature ».

Un arrêt de la Cour d'Appel de Chambéry du 13 août 1894 (D. 98. 2. 334) a décidé que « l'irrégularité commise dans un acte d'appel et consistant en ce qu'on s'est borné dans une de ses copies à mentionner que le

même acte d'appel avait été notifié à d'autres intimés par des copies séparées, sans indiquer les noms et les domiciles de ces intimés, n'entraîne pas la nullité dudit acte, cette nullité n'étant consacrée par aucun texte, alors du moins qu'il n'en est résulté aucune atteinte aux droits substantiels de la défense».

De même, un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 11 mars 1902 (Gaz. Trib. 2^e partie, 1902. 2. 112) a jugé que l'omission dans l'acte d'appel de l'augmentation du délai pour comparaître à raison de la distance, «n'ayant porté aucun préjudice à l'intimé, ne doit, à défaut d'une disposition expresse, être une cause de nullité de l'exploit».

Mais, c'est surtout en ce qui concerne la procédure d'expertise que la Jurisprudence a fait une application massive de la règle «pas de nullité sans grief» (plus de vingt arrêts rien que pour cette matière). C'est ainsi, pour citer seulement les décisions de la Cour de Cassation, que les arrêts de la Chambre des Requêtes du 27 février 1828 (D. 29. 1. 381) et du 14 mai 1928 (Gaz. Pal. 28. 2. 294) et ceux de la Chambre Civile des 5 février 1879 (D. 79. 1. 126), 20 janvier 1891 (Gaz. Pal. 91. 1. 200), 19 octobre 1898 (Gaz. Pal. 98. 2. 471), 15 février 1899 (D. 99. 1. 542), 28 mars 1905 (D. 1905, 1. 692), 18 février 1907 (D. 1907. 1. 136), 10 juillet 1907 (D. 1908. 1. 32), 2 juillet 1912 (Gaz. Pal. 1912. 2. 361), 18 janvier 1916 (Gaz. Pal. 1916 et 1917, 828) et 14 mai 1928 (Gaz. Pal. 28. 2. 294) ont posé le principe constant que, l'inobservation des formalités prescrites en matière d'expertise par les articles 315 et suivants C. pr. civ. n'étant pas sanctionnée par une nullité textuelle, la nullité ne doit être prononcée que lorsque l'irrégularité commise a eu pour conséquence de «porter atteinte à la libre défense des parties».

Ce principe constant posé par la Jurisprudence aboutit tout simplement à créer, en dehors des textes, des nullités virtuelles, donc, à tourner partiellement la règle de l'article 1030 : «pas de nullité sans texte».

Il nous a donc fourni une excellente transition pour passer à l'étude des décisions qui ont appliqué le système des «formalités substantielles» ou «essentielles» afin d'adoucir la rigueur aveugle de l'article 1030.

38. — *Application du système des «formalités substantielles»* (échec à l'article 1030)

Nous allons en effet voir que les juges se sont arrogé le pouvoir de prononcer la nullité virtuelle d'un acte, par contravention à la règle de l'article 1030, lorsque cet acte ne satisfait pas à une formalité considérée par eux comme «essentielle» ou «substantielle» pour sa validité.

Le premier arrêt qui ait mentionné ces formalités «substantielles» date du 23 janvier 1811 et émane de la Cour d'Appel de Bordeaux (Jurisp. Dalloz déjà citée, p. 707). Il s'exprime en ces termes : la loi ne prévoit point la nullité pour l'inobservation de la forme des « actes d'avoué à avoué » ; cependant la signification d'un jugement à avoué doit, pour faire courir le délai d'appel, contenir la triple mention du nom de l'avoué à la requête duquel elle est faite, de la personne à laquelle la copie est remise et de la qualité du signataire, « attendu que ces omissions font que l'acte manque des formalités substantielles constamment observées dans l'usage ».

De même, la Cour de Grenoble (arrêt du 14 décembre 1832 D. 33. 2. 93) a déclaré nul l'acte d'appel dont la copie ne contient pas le nom de l'avoué constitué sur l'appel, car c'est « une des formalités essentielles à la validité de l'acte ». Seulement, il était ici inutile de faire appel au système des formalités «substantielles» pour prononcer la nullité de l'acte puisque celle-ci était déjà textuellement prévue par l'article 61 C. pr. civ. auquel renvoie l'article 446 du même Code.

L'arrêt de la Cour de Colmar du 23 août 1849 (D. 50. 2. 58) a déclaré nulle la signification par acte d'avoué à avoué d'un jugement statuant sur une demande en distraction dans le cours d'une procédure de saisie immobilière qui ne contiendrait pas la mention expresse de la personne à laquelle la copie de l'acte a été remise, « considérant que, si l'on doit admettre en thèse générale que les formalités de l'article 61 C. pr. civ. ne sont point rigoureusement applicables aux significations d'avoué à avoué, il faut reconnaître néanmoins que quelques-unes de ces formalités sont tellement substantielles que leur omission entraîne la non-existence (sic) de l'acte, qu'ainsi, par exemple, dans une signification d'avoué à avoué ayant pour objet de faire courir un délai d'opposition ou d'appel, l'omission de la date constituerait évidemment une nullité radicale ; qu'il en est de même du « parlant à » ; que la partie contre laquelle la signification doit faire courir un délai fatal ne peut en être légalement touchée que par la formalité du parlant à... »

En ce qui concerne la signature de l'exploit par l'huissier instrumentaire, un arrêt de la Cour de Paris du 10 février 1879 (D. 79. 2. 114) et un arrêt de la Chambre Civile du 1^{er} mars 1904 (D. 1904. 1. 332) ont déclaré que « la signature de l'huissier, bien que non prescrite par une disposition spéciale de la loi, doit être tenue pour une formalité substantielle sans laquelle l'acte n'existe pas ».

Enfin, quatre décisions ont exprimé d'une façon plus précise et dans les termes plus généraux le système des nullités «substantielles».

La première (Rennes 14 novembre 1899, Pand. franc. 1900. 2. 257) s'exprime ainsi : « en dehors des nullités expressément prononcées par un texte, le juge peut et doit admettre des nullités virtuelles au cas où une formalité substantielle fait défaut : il n'y a pas omission d'une formalité substantielle et, par suite, nullité virtuelle dans le fait de la remise d'un exploit de signification d'arrêt au Maire, en sa qualité de Président de la Commission des hospices à la mairie, au lieu de la remise dudit exploit aux bureaux de l'hospice, l'exploit ayant été remis parlant à sa personne ».

La deuxième (Besançon 24 mars 1920, Gaz. Pal. 20. 1. 269) proclame que « la disposition de l'article 1030 C. pr. civ., d'après laquelle aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul si la nullité n'en est formellement prononcée par la loi, ne s'applique pas aux formes de procédure qui sont substantielles, c'est-à-dire à celles qui sont prescrites par une loi d'ordre public, telle que celle qui confère à un officier ministériel le pouvoir d'instrumenter ».

La troisième (Trib. Civil Lorient 28 octobre 1924, Gaz. Pal. 25. 1. 303) qu'« en cas de saisie conservatoire autorisée par le Président du Tribunal Civil en vertu de l'article 417 C. pr. civ. le tiers qui, se prétendant propriétaire des objets saisis, demande la main-levée de la saisie, doit mettre en cause le tiers saisi, comme en matière de saisie-exécution, conformément à l'article 608 C. pr. civ. » et que « s'agissant d'une nullité substantielle, l'article 1030 C. pr. civ. n'est point applicable ».

C'est cette jurisprudence que rappelait, dans ses attendus d'un arrêt du 24 février 1938 (D. H. 12 mai 1938), la Cour d'Appel de Paris : « considérant que pour échapper à la nullité de son opposition X... prétend encore exciper des termes de l'article 1030 C. pr. civ., lequel décide qu'aucun exploit ne peut être déclaré nul si sa nullité n'en est formellement prononcée par la loi ; mais considérant qu'il est de jurisprudence constante que l'article 1030 ne s'applique qu'aux formalités non substantielles, qu'il ne saurait donc être invoqué en la cause... »

Encore faut-il (nous l'avons vu supra n° 37, 2°) apporter la restriction suivante à ce dernier attendu de la Cour de Paris : si l'article 1030 ne s'applique qu'aux formalités non substantielles des actes de procédure, celles-ci échappent cependant à son empire quand leur omission a porté préjudice aux intérêts de l'adversaire. C'est d'ailleurs ce qu'exprimait la Cour de Riom dans son arrêt du 11 décembre 1900 (Rec. Riom 1900. 1901. 9) : « l'indication du lieu où a été rédigé un rapport d'expert n'est pas prescrite par la loi à peine de nullité et ne constitue pas une formalité substantielle ;

en conséquence son omission ne saurait entraîner l'annulation de l'expertise lorsqu'elle n'a porté aucune atteinte aux droits de la défense» (13).

Il est intéressant de faire remarquer ici que la Jurisprudence semble rattacher aussi à la maxime : « pas de nullité sans grief » son système des formalités « substantielles ». Pour elle, la différence entre les formalités non substantielles et les formalités « substantielles » viendrait seulement de ce que, en l'absence d'une nullité textuelle (article 1030), l'omission des formalités non substantielles n'entraîne la nullité que lorsqu'il est démontré qu'elle a porté préjudice aux intérêts de la partie adverse, tandis que les formalités « substantielles » doivent être considérées comme tellement importantes que leur omission entraîne automatiquement la nullité parce que cette omission est toujours présumée « porter atteinte aux droits de la défense ».

Les expressions employées par les arrêts suivants en sont la meilleure preuve :

Montpellier 15 mai 1847 (cité supra) : « attendu que de tels exploits (significations d'actes d'avoué à avoué) ne sauraient être annulés que lorsque l'omission qui s'y rencontre est de nature à inférer un préjudice à la partie en ce qu'elle porterait sur une formalité essentielle, telle, par exemple, que la date ou la signature... »

Civ. 5 janvier 1881 (D. 81. I. 129) : « l'omission des formes prescrites pour les exploits n'est une cause de nullité que lorsqu'elle est de nature à vicier l'expertise dans sa substance ou que, portant sur des formalités essentielles, elle peut atteindre le droit de la défense ».

Aix, 11 avril 1888 (Recueil d'Aix 1889. I. 256) : « lorsque les experts ont convoqué les parties pour un jour fixé, l'absence de l'une d'elle ne vicie pas leurs opérations ; il est en effet de principe que l'omission des formes prescrites pour les expertises n'est une cause de nullité que lorsqu'elle est de nature à vicier l'expertise dans sa substance et que, portant sur des formalités essentielles, elle peut atteindre le droit de la défense ».

Grenoble 29 juin 1891 (Rec. Grenoble 1892. I. 18) : « le Code de procédure n'attache pas la peine de nullité à l'omission des formalités prescrites en matière d'expertise par les articles 315 et suivants, mais il appartient

(13) De même un arrêt tout récent de la Ch. Civile du 19 mars 1941 (G. P. 41. I. 446) a clairement énoncé que « en l'absence des dispositions formelles de la loi, l'inobservation des formalités prescrites par les articles 315 et suivants du C. pr. civ. n'entraîne pas nécessairement et dans tous les cas la nullité de l'expertise, cette nullité ne devant au contraire être prononcée que si l'irrégularité commise a été de nature à porter atteinte à la libre défense des parties ».

aux Tribunaux d'annuler l'opération irrégulière lorsqu'elle a été atteinte par cette omission dans sa substance même au détriment des droits de la défense».

Angers 26 février 1901 (Gaz. Pal. 1902. 1. 569) et Civ. 7 juin 1921 (Gaz. Pal. 21. 2. 270) : « la nullité n'est pas attachée par le Code de procédure civile à l'inobservation des formes qu'il a prescrites pour les expertises et les tribunaux ne doivent la prononcer que dans le cas où les irrégularités commises sont de nature à vicier l'expertise dans sa substance ou à porter sur des formalités substantielles pouvant atteindre les droits de la défense ».

Mais tous ces arrêts, consacrant des nullités sans textes, n'ont pas empêché la jurisprudence d'appliquer tout de même, quelquefois, à la lettre le principe édicté par l'article 1030, et nous avons relevé environ deux douzaines d'arrêts en ce sens depuis les origines jusqu'à nos jours.

C'est surtout dans les trente premières années du Code que les juges ont appliqué le plus rigoureusement l'article 1030 du Code de procédure en rappelant que « les nullités sont de droit étroit » ou que : « un acte de procédure ne peut être déclaré nul si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi ». (Civ. 4 déc. 1809, Jurisp. Dalloz déjà citée, p. 749 - Req. 1^{er} mars 1810, *ibidem* p. 750 - Req. 14 mars 1815, *ibidem* p. 783 - Liège 17 novembre 1808, *ibidem* p. 763 - Bruxelles 14 février 1821, *ibidem* p. 763 - Besançon 17 décembre 1808, *ibidem* p. 766 - Nîmes 15 mai 1811, *ibidem* p. 766 - Limoges 10 décembre 1812, *ibidem* p. 767 - Civ. 23 février 1825 D. 25. 1. 74 - Bordeaux 16 juillet 1827 D. 28. 2. 4. - Req. 4 février 1829, D. 29. 1. 137 - Req. 14 juillet 1830 D. 30. 1. 374 - Civ. 23 avril 1833 D. 33. 1. 196 - Bordeaux 14 juin 1833 D. 34. 2. 49 - Paris 8 février 1834 D. 34. 2. 123.)

Au contraire, depuis cette époque jusqu'à nos jours, sur plus d'un siècle de jurisprudence, nous n'avons trouvé que dix arrêts ayant appliqué formellement l'article 1030 C. pr. (Civ. 17 mai 1848 D. 48. 1. 127 - Rouen 16 novembre 1897, Rec. Rouen 1898. 1. 11 - Civ. 28 janvier 1903, Gaz. Pal. 1903. 1. 248 - Montpellier 4 février 1925, Mon. Jud. du Midi 1925. 88 - Paris 24 décembre 1925, Gaz. Pal. 26. 1. 217 - Aix 28 janvier 1928, Loi 7 mars 1928 - Req. 4 juillet 1928, Gaz. Pal. 28. 2. 587 - Rennes 9 octobre 1930, Rec. Rennes 1931. 73 - Civ. 6 juin 1932, Gaz. Pal. 32. 2. 274 - enfin, un arrêt de la Chambre des Requêtes du 23 juillet 1941, Gaz. Pal. septembre-octobre 1941, p. 241, a rappelé à propos de la surenchère que « les nullités sont de droit étroit » :

Nous pouvons donc conclure de cette étude que la Jurisprudence a construit sur l'article 1030, et ... en dehors de l'article 1030, un système extrêmement souple lui permettant d'adapter le système des nullités du Code, trop général et trop rigide, à chaque cas d'espèce et de se faire juge de l'opportunité de la prononciation des nullités.

39. — Autres tempéraments à la rigueur de l'article 1029

La Jurisprudence a encore apporté d'autres atténuations à la règle de l'article 1029 : ce sont l'excuse de « bonne foi » et le cas de « force majeure ».

L'excuse de bonne foi a été consacrée par deux arrêts : Bordeaux 20 mars 1824 (Jurisp. Dalloz déjà citée, p. 754) et Riom 1^{er} juillet 1909 (Mon. Jud. Lyon 20 décembre 1909).

Le premier s'exprimait en ces termes : « la constitution d'un avoué qui n'exerce plus ses fonctions, mais que, par diverses circonstances, telles que son éloignement, ou l'inscription de l'avoué parmi les avoués encore exerçants, l'appelant a pu de bonne foi considérer comme exerçant encore, n'annule pas l'exploit d'appel ; l'appelant peut réparer son erreur même après l'expiration du délai ».

Le deuxième arrêt décidait : « lorsque l'appelant constitue par son acte d'appel un avoué démissionnaire, par suite d'une erreur explicable et exclusive de toute mauvaise foi, et que cette constitution était suffisante (14) pour désigner l'étude du successeur de manière de permettre à l'adversaire de se renseigner et de sauvegarder ses intérêts (15), cette irrégularité n'entraîne pas la nullité de l'acte d'appel ».

Ainsi, dans ces deux cas, en présence d'une nullité textuelle édictée par la combinaison des articles 456 et 61 C. pr. civ., la Jurisprudence a refusé d'appliquer la nullité automatiquement. Elle a examiné si son application était opportune en l'espèce et l'a rejetée, parce que l'erreur qui en était la cause avait été commise « de bonne foi » par son auteur.

Les juges ont aussi atténué cette règle en dispensant les parties de l'accomplissement de certaines formalités, pourtant exigées à peine de nullité par la loi, dans le cas de « force majeure », tel l'arrêt de la Cour de Cassation du 6 août 1912 (S. 12. 1. 457) (16) qui traite d'une « condition substantielle qui ne peut être suppléée, à moins que l'appelant n'ait été empêché par un cas de force majeure ».

(14) Cf. n° 35 (théorie des équivalents).

(15) Cf. n° 35 (« la partie a été mise en mesure de se défendre »).

(16) Voir cet arrêt, infra n° 62.

Enfin, M. Japiot (ouvrage déjà cité supra, p. 25) nous apprend que la Jurisprudence a aussi fait intervenir la maxime: «*contra non valentem agere non currit praescriptio*» pour relever les parties de l'expiration du délai emportant déchéance (la règle de l'article 1029: «pas de nullité ni de déchéance comminatoire» s'applique en effet, en principe, aux nullités proprement dites comme aux déchéances).

40. — *Commentaires de l'article 173*

La Jurisprudence a donné de l'article 173 des commentaires conformes à l'opinion que nous avons développée supra n° 24.

C'est ainsi que, dès les origines, un arrêt de la Chambre des Requêtes du 4 avril 1810 (v. supra n° 33) a posé la distinction entre les nullités de fond et de forme en affirmant que l'article 173 ne s'applique qu'aux nullités de procédure stricto sensu (c'est-à-dire aux nullités de forme), à l'exclusion du cas du défaut de qualité de l'une des parties (c'est-à-dire d'un cas de nullité de fond).

Nous avons vu plus haut n° 33 qu'un arrêt de la Cour de Paris du 15 février 1915 (D. 17. 2. 31) a décidé que «l'article 173 ne s'applique qu'aux nullités de forme affectant les exploits d'huissiers et les actes de procédure des avoués» mais qu'il «ne s'étend pas aux nullités intrinsèques qui touchent au fond du droit, comme notamment l'incapacité de l'une des parties, fin de non-recevoir qu'on peut soulever en tout état de cause».

Deux autres arrêts plus récents de la Chambre des Requêtes se sont exprimés en termes tout à fait généraux: «la disposition de l'article 173 C. pr. civ. aux termes duquel toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence, n'est applicable ni à une nullité d'ordre public, ni à un vice de fond tiré de la déchéance de l'expiration des délais impartis pour intenter une action» (Req. 15 nov. et 25 nov. 1931, S. 32. I. 69, Gaz. Pal. 32. I. 188).

Enfin, un arrêt de la Chambre Civile du 4 novembre 1901 (Gaz. Pal. 1902. I. 249) avait précisé que l'article 173 ne s'appliquait qu'aux seules nullités de forme: «la nullité qui résulte de ce que la requête d'opposition n'est point motivée est une nullité de forme qui est couverte comme telle, aux termes de l'article 173 C. pr. civ., lorsque la partie adverse, sans en exciper dès le début de l'instance, a présenté des défenses au fond».

Ainsi, d'après une Jurisprudence constante et très ferme l'article 173 ne s'applique qu'aux seules nullités de forme, à condition que ces conditions de forme ne touchent pas à l'ordre public (il en est ainsi de cer-

taines règles relatives aux enquêtes et expertises : Bourges 8 juin 1887, Gaz. Pal. 1887. 2 suppl. 32. - Civ. 21 octobre 1935, D. H. 19 décembre 1935), à l'exclusion par conséquent des nullités de fond et des nullités de forme intéressant l'ordre public, lesquelles peuvent être invoquées en tout état de cause.

D'autre part, la Cour Suprême, en ce qui concerne la portée de l'article 173 à l'égard des parties, a affirmé que « l'article 173 est absolu », puisque « la déchéance qu'il prononce atteint toutes les personnes ayant qualité pour agir, les communes comme les autres ».

Enfin, l'opinion quasi-unanime des Juges est que l'article 173 s'applique en principe à tous les actes de procédure et à toutes les procédures.

Un arrêt de la Cour de Besançon du 30 mai 1828 (D. 29. 2. 110) résume ainsi cette opinion : « l'article 173 C. pr. civ. portant que les nullités d'exploit ou d'actes de procédure sont couvertes si elles n'ont été présentées avant les moyens de fond, n'est pas limité aux actes relatifs à l'instruction ou à l'introduction de l'instance ; il s'applique même aux actes qui peuvent avoir lieu en vertu d'autres articles du Code de procédure et, par exemple, à la nullité résultant de ce qu'une saisie-exécution n'aurait pas été précédée d'un commandement au saisi ». De même un arrêt de la Cour de Grenoble du 23 novembre 1894 (D. 96. 2. 123) étend cet article « aux actes judiciaires tels que les offres réelles ».

Certains arrêts avaient même poussé cette opinion jusqu'à prétendre que l'article 173 s'appliquait en matière de saisie immobilière (Req. 3 avril 1827, D. 27. 1. 189 - Riom 21 janvier 1832, D. 33. 2. 196 - Bourges 17 avril 1839, D. 40. 2. 56 - Paris 10 mai 1850, D. 51. 2. 125) et ce, malgré les termes de l'article 728 qui précisent, par exception à l'article 173, que « les moyens de nullité, tant en la forme qu'au fond, contre la procédure qui précède la publication du cahier des charges, devront être proposés à peine de déchéance, 3 jours au plus tard avant cette publication ».

Mais la Cour de Cassation a rectifié ces errements dans deux arrêts de la Chambre des Requêtes du 18 février 1852 (D. 52. 1. 241) et de la Ch. Civile du 14 mai 1895 (D. 95. 1. 388) : « l'article 173 C. pr. civ. d'après lequel la présentation des moyens du fond emporte déchéance des moyens de forme, dit le premier arrêt, est inapplicable en matière de saisie immobilière ; ces deux classes de moyens sont utilement invoqués, quel qu'en soit l'ordre, avant les trois jours qui précèdent la publication du cahier des charges ». Et, depuis lors, les Cours d'appel se sont prononcées dans ce sens (Montpellier 20 juin 1867, D. 67. 2. 112 - Nancy 11 janvier 1868, D. 68. 2. 56 - Grenoble 24 décembre 1895, D. 96. 2. 358).

La Jurisprudence estime en outre que « l'article 173 C. pr. civ. n'a trait qu'au cas où l'instance est contradictoire » et que l'article 150 permettant aux Juges d'examiner si les conclusions du demandeur sont « justes et bien vérifiées », « s'applique à la forme aussi bien qu'au fond du droit ». Ainsi, « en cas de défaut faute de comparaître, le tribunal peut d'office prononcer la nullité de l'exploit introductif d'instance » (Trib. Civ. de Belley 10 décembre 1902, Mon. Jud. Lyon 17 février 1903), alors que si l'affaire avait été contradictoire, il n'aurait pu la prononcer qu'au cas où l'intéressé lui-même l'aurait invoquée.

Enfin, la Jurisprudence est unanime à considérer que l'article 173 est une « disposition strictement restreinte aux exploits ou actes de procédure » et qu'elle « ne saurait être étendue aux titres, conventions ou jugements qui seraient nuls, les moyens tirés de cette nullité constituant des fins de non-recevoir non susceptibles d'être couvertes » (Civ. 21 mars 1898, D. P. 1903. 1. 452 - Rennes 28 mars 1901, D. 1901. 2. 436). Remarquons immédiatement que le terme de « fins de non-recevoir » est inexact et que c'est celui de « défenses au fond » qu'il faudrait employer ici.

La Jurisprudence a donc ainsi précisé le champ d'application de l'article 173 C. pr. civ. quant au genre des nullités, quant aux personnes et quant aux procédures qui y sont soumises.

Il nous reste maintenant à montrer l'application pratique qu'elle a faite du texte même de l'article 173 : quand et comment la nullité de forme sera-t-elle couverte ?

L'article 173 nous répond : « si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence ».

Un point peut tout de suite être dégagé : la nullité de forme n'est pas couverte par les exceptions d'incompétence d'attribution ou d'incompétence territoriale. MM. Tissier, Morel et Glasson (ouvrage déjà cité) sont même d'avis que « par ces termes : exceptions d'incompétence, il faut entendre aussi les exceptions de litispendance et de connexité ». Il faut ajouter à ces exceptions d'incompétence prises dans ce sens large, celle de « cautio judicatum solvi » (art. 166).

Par contre, elle est couverte par toute autre défense ou exception, telle que les « défenses au fond » proprement dites (17) (moyens touchant au fond du droit que l'on veut exercer : par exemple, nullités de forme du droit civil), les fins de non-recevoir (18) (moyens touchant au fond de l'acte par lequel on exerce son droit : par exemple le moyen tiré du défaut

(17) et (18) Voir infra nos. 42, 57 et 58 : défenses au fond et fins de non-recevoir.

de qualité, de l'expiration du délai d'appel, etc), les exceptions dilatoires (art. 174 et suiv.), l'exception de communication des pièces (art. 188 et suiv.).

Il s'agissait donc de déterminer quels sont les actes de procédure que l'on peut considérer comme opposant ces « défenses ou exceptions » susceptibles de couvrir les nullités de forme.

Nous allons voir que de nombreuses décisions en ont établi le catalogue détaillé. Mais, avant de les énumérer, nous poserons le principe général qui les a toutes inspirées, ce qui nous permettra, croyons-nous, de mieux les faire comprendre. Ce principe général résulte d'un arrêt de la Chambre Civile du 22 février 1922 (Gaz. Pal. 22. 1. 742) : « pour l'application de l'article 173 C. pr. civ., il appartient aux Juges du fond d'apprécier les conclusions des parties et de rechercher si l'intéressé a, dès le début, invoqué la nullité de procédure ».

Il a d'ailleurs été repris par un jugement du Tribunal Civil de la Seine du 2 décembre 1929 (Gaz. Pal. 30. 1. 25) dans un esprit analogue : « les dispositions de l'article 173 C. pr. civ. ne sauraient être d'une application absolue et sans qu'il y ait lieu de tenir compte des circonstances de l'espèce ».

En somme, le juge devra examiner, d'après les circonstances de la cause, si l'adversaire de l'auteur de la nullité a voulu lui opposer la nullité de son acte ou si, au contraire, il a manifesté l'intention précise d'y renoncer par une « défense ou exception » acceptant la discussion du fond de l'affaire.

Lorsque l'adversaire de l'auteur de la nullité a pris des « conclusions », la tâche du juge est assez facile parce que, nous l'avons vu supra n° 13, les « conclusions » sont, avec l'ajournement, les actes de procédure qui méritent pleinement le nom d'actes juridiques : ou bien celles-ci abordent le fond de l'affaire, à l'exclusion des nullités de forme, et, dans ce cas il est certain que le concluant a voulu se défendre et qu'elles ont couvert les nullités ; ou bien celles-ci ne font qu'opposer les nullités de forme, sans aborder le fond, et, dans ce cas, la volonté du concluant est nette, il a voulu « dès le début invoquer les nullités de forme » et a refusé de discuter le bien-fondé de la demande.

Mais, des conclusions peuvent ne pas être aussi précises dans un sens comme dans l'autre ; c'est dans ce cas que la Jurisprudence a dû évidemment se prononcer.

Ainsi, dans le cas des conclusions de « rapport à justice », un arrêt de la Chambre des Requêtes du 4 janvier 1841 (D. 41. 1. 76) a décidé que ces conclusions avaient couvert les nullités de forme.

Un arrêt de la même Chambre du 22 novembre 1858 (D. 59. 1. 127) suivi par un jugement du T. C. de la Seine du 16 mai 1899 (Gaz. Trib.

2^e partie, 99. 2. 403) a jugé que des conclusions « banales », c'est-à-dire tendant à ce qu'une action soit déclarée « non-recevable et mal fondée » sans indication d'une cause particulière de nullité, « doivent être considérées comme ne se rapportant qu'au fond de l'action » (19).

Par contre, un arrêt de la Chambre des Requêtes du 30 octobre 1906 (S. 1907. I. 222) a déclaré que des conclusions « subsidiairement sur le fond du débat », mais « faisant des réserves réitérées sur les moyens de nullité que l'intimé manifestait l'intention, plus tard réalisée, de développer et de préciser » ne couvraient pas, par exemple, « la nullité de l'acte d'appel tirée de ce que le domicile indiqué par l'appelant était faux, encore bien que l'intimé ait signifié des actes à ce prétendu domicile ». Donc, des conclusions subsidiaires sur le fond ne couvrent pas les nullités de forme qu'elles réservent expressément et spécialement.

La tâche du juge devient ardue lorsqu'il quitte le terrain relativement précis des « conclusions » pour aborder celui bien plus vague d'autres actes de procédure : la constitution d'avoué (autrement dit : la comparution de la partie par le ministère de l'avoué de son choix), l'exception de communication de pièces, la mise au rôle, etc.

C'est ici surtout que l'application de l'article 173 ne doit pas être « d'une application absolue », que les Juges doivent rechercher avec le plus de soin possible « si l'intéressé a, dès le début, invoqué la nullité de procédure » ou s'il a voulu au contraire y renoncer en manifestant son intention d'accepter la discussion sur le fond, qu'ils doivent enfin pleinement « tenir compte des circonstances de l'espèce ». Aussi la lecture des décisions judiciaires donnent-elles parfois l'apparence de la contradiction, mais cette contradiction n'est que superficielle si l'on se donne la peine de rechercher les circonstances de fait qui varient avec chaque cas d'espèce, et si l'on considère chaque solution par rapport au principe général : l'intéressé a-t-il voulu ou non, par telle « défense ou exception », renoncer à opposer la nullité de forme ?

C'est ainsi que les arrêts admettent en général que la nullité de forme n'est pas couverte par la « constitution d'avoué » (Civ. 9 janvier 1809, Jurisp. Dalloz déjà citée, p. 613), alors surtout que celle-ci est faite sous réserve d'opposer les nullités de forme (Civ. 28 octobre 1811, Jurisp. Dalloz déjà citée, p. 818 - Lyon 27 mars 1889, Mon. Lyon 23 octobre 1889). Cette solution semble tout à fait logique : le premier acte de procédure nécessairement effectué par le défendeur est « la constitution d'avoué », par la-

(19) Voir contra Pau 14 mai 1900 (D. 1901. 2. 217) et Civil 2 février 1909 (S. 1911. I. 303).

quelle il fait connaître à l'adversaire le mandataire de son choix ; si cet acte était considéré comme une « défense ou exception » couvrant les nullités de forme, celles-ci ne pourraient jamais être invoquées par le défendeur qui en éprouverait un préjudice certain et le grand principe de la « garantie de la liberté de la défense » se trouverait outrageusement violé.

Seulement, si les juges peuvent déduire des circonstances de l'espèce que le défendeur a entendu par cet acte renoncer à opposer la nullité, ils n'hésitent pas à le considérer comme couvrant celle-ci (Paris 9 mai 1826, D. 27. 2. 100 - Req. 17 juillet 1889, S. 91. 1. 399 - Lyon 12 juin 1908, S. 1908. 2. 315).

Le premier arrêt s'exprime en ces termes : « la nullité résultant, dans un acte d'appel, de ce que l'appelant se serait borné à élire domicile chez un avoué à la Cour, sans déclarer qu'il le constituait, est couverte si cet avoué a été reconnu et qualifié expressément comme avoué de l'appelant dans la signification à lui faite de la constitution de l'avoué de l'intimé et dans les actes de la procédure, encore bien que ces actes contiendraient la réserve banale de tous moyens de nullité ».

En ce qui concerne la communication de pièces, la Jurisprudence fait généralement la distinction suivante : 1° Si la demande de communication de pièces a été faite « sans sommation régulière » par acte du Palais, en quelque sorte « officieusement », elle est considérée comme « ne présentant pas le caractère de la défense au fond » « et ne couvrant pas l'exception de nullité de la procédure » (Orléans 19 juin 1829, D. 32. 2. 195 - Trib. Commerce de Châteaudun 22 octobre 1929, Gaz. Pal. 29. 2. 938).

2° Si au contraire la demande ou l'exception de communication de pièces a été faite ou opposée régulièrement et officiellement, c'est-à-dire par « sommation de communiquer » à l'avoué adverse ou par conclusions d'exception, on fait une sous-distinction : On considère qu'elle équivaut à une défense au fond qui couvre la nullité de forme, quand elle est générale (Bourges 30 mars 1829, D. 31. 2. 170 et 30 janvier 1840, D. 41. 2. 8 - Civ. 27 décembre 1848, 49. 1. 90 - Caen 4 décembre 1890, Rec. Rouen 7. 2. 1891 - Limoges 23 mai 1898, D. 1901. 2. 318 - Pau 26 février 1901, Gaz. Pal. 1901. 1. 783 - Chambéry 2 juin 1902, Mon. Jud. Lyon 24-25 mai 1903 - Civ. 3 décembre 1902, D. 1906. 1. 342), mais qu'elle ne couvre pas la nullité de forme lorsque la communication a trait aux seules pièces relatives à la seule nullité (Paris 11 août 1877, D. 78. 2. 152 - Pau 19 juin 1900, D. 1901. 2. 19).

Ainsi, dans le premier cas, l'arrêt de la Chambre Civile du 3 décembre 1902 s'est exprimé en ces termes : « les nullités de forme de la procédure

sont couvertes par la demande en communication des pièces de son dossier qu'une partie adresse à son adversaire ; cette demande, loin de révéler l'intention de maintenir son droit de proposer des nullités, manifeste la volonté bien arrêtée de la partie de se défendre au fond et implique par suite nécessairement de sa part renonciation à se prévaloir d'une nullité de forme quelconque ».

Dans le deuxième cas, l'arrêt de la Cour de Paris du 11 août 1877 posait le principe que « la nullité d'un acte d'appel n'est pas couverte par la sommation en communication de pièces que ce dernier (l'intimé) a signifiée à l'appelant, alors qu'il résulte des termes mêmes de cette sommation qu'elle n'a en vue que les pièces relatives à la nullité ou à la non-recevabilité de l'appel en la forme ».

La « mise au rôle » de l'affaire, acte purement mécanique (v. supra n° 1), n'est pas en général assimilée à une défense au fond puisque, n'étant pas pleinement volontaire, il est difficile d'y trouver l'intention de l'intéressé de renoncer à la nullité. Cependant, un arrêt de la Cour d'Aix du 12 décembre 1811 (Jurisp. Dalloz déjà citée, p. 615) a jugé en sens contraire que l'intimé qui fait placer l'affaire « au grand rôle des affaires jugées en robes rouges », c'est-à-dire au rôle des audiences solennelles, annonce par là l'intention de plaider les questions du fond qui seules peuvent comporter cette solennité et il se rend par suite non recevable à exciper de la nullité de l'acte d'appel : « considérant qu'il est de règle que les nullités d'exploit doivent être proposées in limine litis et que le moindre acte, la moindre démarche, desquels on peut induire que la partie qui avait à s'en plaindre a voulu s'occuper du fond, suffisent pour faire présumer qu'elle y a renoncé ».

Un arrêt de la Cour de Bourges du 21 juillet 1854 (D. 56. 2. 162) a jugé que « la simple demande de sursis » opposée à un commandement de payer suffit pour couvrir la nullité du commandement résultant d'un vice de forme.

De même, le fait par les défendeurs de se présenter en conciliation ne constitue pas de leur part une défense au fond (T. C. Seine 10 nov. 1938, Gaz. Pal. 17 déc. 1838).

Une « remise », c'est-à-dire : un renvoi à une autre audience, sollicitée par l'une des parties et prononcée par une Cour pour cause d'empêchement d'un des avocats « sans qu'aucunes conclusions aient été prises de part ni d'autre », n'entraîne pas renonciation tacite à une nullité (Rouen 10 juillet 1903, Droit 18 novembre 1903).

Enfin, en matière d'enquête ou d'expertise, les nullités de forme sont

couvertes par l'assistance à l'enquête et à l'expertise après l'acte irrégulier, ou naturellement par des conclusions au fond dites « après enquête » ou « après expertise », à moins d'une réserve expresse de la nullité de forme. Ainsi un arrêt de la Cour de Riom du 13 mars 1855 (D. 55. 5. 178) a déclaré « couverte par la présence des parties ou de leur avoué à une enquête et surtout par l'assistance des parties sans opposition à la lecture du procès-verbal d'enquête faite à l'audience », la nullité d'une enquête et ce « bien qu'elle ait été proposée avant l'audition des témoins », tandis qu'un arrêt de la Cour de Bordeaux du 26 juillet 1831 (D. 33. 2. 122) déclarait la nullité d'une contre-enquête non couverte par la comparution de l'avoué adverse, venant protester contre la nullité de l'assignation donnée à sa partie pour assister à ladite contre-enquête, « attendu qu'on ne peut trouver dans une déclaration aussi expresse l'intention de couvrir la nullité qu'il excipait ».

Nous venons ainsi de terminer l'étude de la question : comment la nullité de forme sera-t-elle couverte ? Il nous reste à répondre à la question : quand sera-t-elle couverte ?

Il faut ici distinguer : les exploits introductifs d'instance et les actes de procédure faits en cours d'instance. S'agit-il des premiers, il est certain que les nullités de forme qui les entachent peuvent toujours être proposées après l'exception de « cautio judicatum solvi », les exceptions d'incompétence, de litispendance ou de connexité (v. plus haut). Mais, comme elles doivent l'être, nous dit l'article 173 « avant toute défense ou exception », c'est évidemment « in limine litis » qu'elles devront être proposées. C'est ce qu'exprime l'arrêt de la Cour de Paris du 8 février 1929 (Gaz. Pal. 29. 2. 101) : « le moyen tiré de la nullité de l'exploit d'assignation est proposé suffisamment à temps, du moment qu'il est soulevé in limine litis, avant tout débat au fond, peu importe l'ordre dans lequel ce moyen a été présenté avec d'autres moyens de forme et notamment avec celui tiré de la péremption, pourvu que le fond n'ait pas été préalablement abordé » (20).

En ce qui concerne les nullités de forme des actes de procédure faits en cours d'instance, la Jurisprudence a cherché la solution du bon sens : puisque ces nullités n'ont pas pu, par essence, être opposées « in limine litis », il faut les faire valoir dès qu'on les connaît « avant toute défense ou exception » nouvelle, et elles seront donc couvertes d'une façon générale par tout acte ultérieur de l'intéressé impliquant acceptation de l'acte irrégulier de son adversaire (v. supra l'arrêt précité de la Cour de Riom du 13 mars 1855 en matière d'enquête).

(20) Voir dans le même sens Rennes 8 juillet 1929 (Rec. Rennes 1929. 244).

Naturellement, puisque « toute défense ou exception » couvre les nullités de forme des deux catégories d'actes de procédure ci-dessus, celles-ci ne pourront pas être invoquées pour la première fois en appel, en cas d'instance contradictoire : elles auront été couvertes par les conclusions au fond prises par l'adversaire de l'auteur en première instance (Civ. 5 août 1889, Gaz. Pal 1889. 2. 495 - Agen 11 juin 1889, Rec Agen 1889. 216 - Rouen 13 janvier 1897, S. 99. 2. 155 - Paris 28 mai 1898, D. 99. 2. 417 - Paris 16 mars 1930, S. 31. 2. 149). Dans un arrêt du 4 juillet 1893 (Rec. Amiens 1894-93) la Cour de Cassation a déclaré irrecevable devant elle « l'exception tirée de l'irrégularité de l'exploit introductif d'instance et qui n'a pas été opposée et discutée devant le juge du fond. De même la nullité de l'acte d'appel ne pourra pas être opposée pour la 1^{re} fois en Cassation (Civ. 30 mars 1936, S. 5^e cahier mensuel 1936).

Au contraire, en cas d'instance par défaut, le défendeur pourra, en faisant opposition ou, si le délai d'opposition est expiré, appel, faire valoir les nullités de forme commises par le demandeur, lesquelles n'ont pas été couvertes, puisque le défendeur a fait défaut sans se défendre.

41. - L'usage des avoués de ne pas soulever la nullité sans intérêt sérieux

De leur côté, les auxiliaires de la justice ont tempéré l'exagération du système adopté par le Code de procédure civile en prenant peu à peu l'habitude de n'opposer les nullités de forme à leurs adversaires qu'autant que leurs clients avaient un intérêt sérieux à se prévaloir de ces nullités.

Au début, ce n'était qu'un simple usage de bonne confraternité mais qui se révéla particulièrement efficace pour éviter les « cas de nullités disséminés au milieu des broussailles de la procédure comme autant de chausse-trappes destinées à faire trébucher les malheureux avoués » et pour décourager « le client avide de gagner sa cause par un artifice de procédure », selon les heureuses expressions de M. Vanlaër dans son ouvrage intitulé « Le décret-loi du 30 octobre 1935 relatif à la procédure civile » (titre IV, des exceptions). Aussi, M. Solus donne-t-il comme origine unique de cette pratique : le souci constant des officiers ministériels de limiter leur responsabilité pécuniaire à l'égard de leurs clients, en évitant de se soulever réciproquement, les uns aux autres, des nullités sans importance pour l'issue du procès (Voir Cours professé à la Faculté de Droit, précité). Quoi qu'il en soit, l'adoption de cet usage fut généralisée par les avoués parisiens, par les avoués des principaux Tribunaux Civils et par ceux des Cours d'Appel, au point que leurs Chambres de discipline veillaient à l'obser-

vation de cette habitude bienfaisante et que le Congrès des avoués de France, tenu à Dijon du 14 au 18 juin 1930, avait même émis un voeu tendant à l'adoption de la proposition Catalogne, devenue, nous le verrons par la suite, la loi du 12 janvier 1933 qui a consacré partiellement la maxime « pas de nullité sans grief ».

Le rapprochement de cet usage et de la maxime « pas de nullité sans grief » fit croire à la majorité des auteurs que cet usage n'était que la consécration de cette maxime. Telle était notamment l'opinion des doctes traités de Glasson et de Garsonnet.

M. Vanlaër, dans son ouvrage que nous venons de citer, s'est élevé avec force contre cette conception, en ces termes : « On peut s'étonner de trouver sous la plume de jurisconsultes aussi éminents une confusion entre deux choses pourtant bien différentes : l'intérêt d'une partie à faire annuler un acte et le préjudice qu'elle subit du fait, non pas de son existence, mais du vice dont il est entaché ».

Une partie peut évidemment, quoique ces deux notions se touchent souvent, avoir intérêt à faire prononcer la nullité d'un acte, sans que pour cela l'omission, cause de cette nullité, lui ait causé un préjudice. Et M. Vanlaër poursuit cette démonstration en donnant l'exemple suivant : « Une partie a reçu un acte d'appel dont la copie ne mentionne pas le « parlant à » et l'affaire vient à l'audience plus d'un mois après la signification de la décision frappée d'appel. L'intimé a évidemment tout intérêt à invoquer cette nullité dont la conséquence est de donner autorité de chose jugée à la décision attaquée. La maxime « nullité sans grief n'opère rien » empêche de lui donner satisfaction s'il ne s'agit que d'un oubli de l'huissier et si en fait la copie lui est bien parvenue ». Dans ce cas typique, l'avoué de l'intimé n'aurait certainement pas hésité à invoquer cette nullité, à la prononciation de laquelle son client aurait eu le plus grand intérêt, bien qu'il n'ait éprouvé de son fait aucun préjudice.

Aussi, M. Japiot (ouvrage précité n° 34) écrivait-il à juste titre : « c'est là une coutume qui montre que les officiers ministériels n'ont pas l'esprit de chicane qu'on leur reproche trop souvent, mais c'est un simple usage de bonne confraternité qui ne peut pas abroger, en dehors des exceptions légales, la règle d'après laquelle la nullité devrait être prononcée en l'absence de tout préjudice, si elle était invoquée, et devrait même être invoquée par l'avoué si son client lui en donnait l'ordre formel ».

Seulement, si « ce simple usage de la bonne confraternité » ne pouvait pas, à lui tout seul, faire admettre la règle « pas de nullité sans grief », il

n'en reste pas moins vrai qu'il constituait un échec sensible à la règle de l'article 1029, qu'il n'y a « pas de nullité comminatoire ».

La nullité de forme n'était donc pas seulement couverte, en vertu de l'article 173 par la renonciation présumée de la partie intéressée résultant de ses conclusions au fond, mais aussi par sa volonté réelle, en dehors de toutes conclusions au fond, de ne pas invoquer une nullité pourtant édictée par la loi non à titre de simple menace mais à titre de sanction nécessaire.

CHAPITRE IV

Le système en vigueur à la veille de la loi du 12 janvier 1933

42. — Les grandes lignes du système français à la veille de la loi du 12 janvier 1933

Les chapitres précédents vont maintenant nous permettre d'ébaucher les grandes lignes du système des nullités en partie dégagées des textes du Code de procédure, en partie construites en dehors de ceux-ci par l'effort conjugué de la Doctrine, des Tribunaux et des auxiliaires de la Justice, au moment que la loi du 12 janvier 1933 est survenue. Le premier point dégagé est la théorie de l'action. Pour ester en justice, il faut réunir quatre conditions de fond : 1^o) un droit litigieux, 2^o) un intérêt, 3^o) la capacité, 4^o) une qualité valable. Si l'une de ces quatre conditions de fond fait défaut, l'acte de procédure fait dans le but d'exercer l'action est nul et cette nullité est évidemment une nullité de fond (v. supra n^o 7).

A la différence des codes français et des autres législations étrangères, le Code Civil Ottoman du 1^{er} juillet 1876 (livre XIV) avait ébauché une théorie de l'action, « le fait de réclamer d'un tiers son droit par devant la justice » (action se traduit par le mot : « da'va », qui veut dire littéralement : « des procès »). L'action est donc, comme on le voit par la définition de cet article et comme l'a dégagé la Doctrine française, l'exercice du droit et non pas seulement le droit lui-même.

L'acte de procédure étant un acte écrit n'est pas seulement soumis à des conditions de fond, mais encore à des conditions de forme, d'où, deuxième point : la distinction fondamentale des nullités de fond et des nullités de forme.

Aux nullités de forme en général s'applique, nous l'avons vu, l'article 173. Celles-ci sont couvertes par les défenses au fond, ou les exceptions autres que les exceptions de « cautio judicatum solvi », d'incompétences d'attribution ou territoriale, de litispendance et de connexité parce que

la partie qui oppose ces défenses au fond et exceptions est censée avoir renoncé à invoquer ces nullités. Elles ne peuvent donc pas être opposées à n'importe quel étage de la procédure, et naturellement pas pour la première fois en appel lorsque l'instance est contradictoire (v. supra n° 40 in fine). Mais s'il s'agit de l'appel d'un jugement par défaut, effectué après l'expiration du délai d'opposition, les nullités de forme commises par le demandeur en première instance pourront être opposées pour la première fois en appel par la partie défaillante parce que, n'ayant jamais pris de conclusions au fond en première instance, elle ne peut pas être censée avoir renoncé à invoquer les dites nullités (v. *ibidem*, n° 40).

A plus forte raison, ces nullités ne peuvent-elles pas être opposées pour la première fois en cassation.

Nous avons vu enfin (v. supra n° 10, 12, 16, 35) que ces nullités de forme sont en général édictées pour la « garantie de la libre défense » de chacune des parties, donc, dans un but de protection individuelle. Elles ne peuvent donc être opposées en principe que par leur bénéficiaire, par la partie qu'elles protègent, c'est-à-dire par l'adversaire de celui qui les a commises, par le défendeur, par exemple, dans le cas de nullité d'un exploit d'ajournement (Req. 2 mars 1837, D. 37. 1. 280).

Enfin, puisqu'elles sont introduites dans l'intérêt privé des parties et que celles-ci sont libres de ne pas s'en prévaloir, elles ne peuvent pas être soulevées par le Ministère Public, ni prononcées d'office par les Juges sauf dans le cas d'une instance par défaut (v. l'application de l'article 150 C. pr. civ. au n° 40, supra).

Nous avons vu plus haut, n° 25, que de nombreux textes spéciaux ont énuméré les différents cas de nullités de forme. Il n'en est pas de même des nullités de fond qui ne sont explicitement mentionnées dans aucun article du Code de procédure et dont l'existence a été révélée, nous l'avons vu, grâce à l'œuvre combinée de la Doctrine et de la Jurisprudence.

L'article 173 ne leur est pas applicable. Elles peuvent donc être opposées en « tout état de cause », après des conclusions au fond et même pour la première fois en appel.

Elles peuvent être soulevées par tout intéressé, par les deux parties par conséquent, sauf cependant la restriction possible résultant de la maxime « *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans* » (Montpellier 21 mai 1908, Mon. Jud. Midi 5 juillet 1908) ; et notamment par le Ministère Public ou d'office par le Tribunal. Aussi pour marquer les régimes différents des nullités de forme et des nullités de fond, ces nullités ont été classées en deux catégories différentes, suivant les moyens de défense par

lesquels elles sont soulevées. D'après le Code (article 173) les nullités de forme sont opposées au moyen des « exceptions de nullités ». La Doctrine et la Jurisprudence (surtout depuis l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 juin 1845, D. 45. 1. 307) ont fait admettre l'existence d'une deuxième catégorie de moyens de défense par laquelle on oppose les nullités de fond : « les fins de non-recevoir », opposables en principe par tout intéressé, en tout état de cause, échappant donc à l'article 173 et dont nous reparlerons plus abondamment dans notre Deuxième partie.

L'énumération des caractéristiques de ces nullités fait apparaître que les nullités de forme sont des nullités relatives ou d'intérêt privé, tandis que les nullités de fond sont des nullités absolues ou d'ordre public (v. supra n° 16), et, c'est là le troisième point dégagé : distinction des nullités relatives et des nullités absolues.

C'est ainsi que la nullité de forme de l'acte d'appel est une « nullité relative » (Paris 9 novembre 1921, Gaz. Trib. 18 décembre 1931).

« La nullité de la réquisition de mise aux enchères que le créancier inscrit, exerçant le droit de surenchère établi par l'article 2185 C. Napoléon, a signifiée à l'ancien propriétaire après le délai de quarante jours fixé dans le même article », a été au contraire considérée par un arrêt de la Chambre Civile du 13 mars 1865 (D. 65. 1. 125) comme une « nullité absolue, susceptible d'être invoquée par l'acquéreur ».

Mais, nous l'avons vu supra (n° 16, 24 et 40), certaines conditions de forme des actes de procédure ont été établies dans un but d'ordre public. Par exception au principe ordinaire du caractère relatif des nullités de forme, ces nullités de forme qui touchent à l'ordre public seront rangées dans la catégorie des nullités absolues. Elles pourront donc être invoquées par tout intéressé, en tout état de cause, même en appel et soulevées d'office par le Tribunal. L'article 173, en un mot, ne leur sera pas applicable.

Nous venons de dire que le Code ne contient pas d'exemple de nullités de fond et que celles-ci sont de construction purement prétorienne, c'est donc que l'article 1030 et la règle qu'il n'y a « pas de nullité sans texte » ne leur sont pas applicables. Les nullités de fond sont donc des nullités virtuelles qui échappent au principe général des nullités textuelles.

Et c'est là le quatrième point : la distinction des nullités textuelles et des nullités virtuelles (n° 15).

Les nullités virtuelles résultent le plus souvent de l'omission d'une condition substantielle de l'acte (v. n° 15). Lorsqu'une condition de fond ou une condition de forme particulièrement importante fait défaut à un acte

de procédure de telle sorte qu'il se trouve privé d'un élément essentiel à sa validité sans lequel il perdrait sa substance même, une telle omission est sanctionnée par la nullité, même dans le silence des textes. On range parmi les nullités virtuelles : les nullités de fond, et certaines nullités de forme particulièrement importantes, notamment celles qui touchent à l'ordre public.

C'est seulement les conditions de forme considérées comme accessoires ou secondaires (v. supra n° 12) qui sont strictement soumises à la règle de l'article 1030. Si elles ne sont pas expressément sanctionnées par une nullité textuelle, l'acte est tenu pour valable.

Cependant, l'omission de ces formalités accessoires entraîne elle aussi des nullités virtuelles, par dérogation à l'article 1030, lorsqu'elle a eu pour effet de porter préjudice à la partie adverse (v. supra n° 37 et 38).

Le dernier point est la distinction des nullités obligatoires et des nullités comminatoires.

Le principe général de l'article 1029 est qu'il n'y a « pas de nullités comminatoires ». Ce principe est strictement appliqué aux nullités de fond, lesquelles sont obligatoires pour le Juge du moment qu'il les a constatées.

Cet article s'applique pleinement, en principe, aux nullités de forme. En fait, nous avons vu plus haut (n° 37) que la Jurisprudence a plusieurs fois écarté cette règle en s'abstenant de prononcer une nullité de forme pourtant encourue par l'une des parties sous le prétexte que l'irrégularité, cause de cette nullité, n'avait pas porté préjudice à l'autre partie.

Enfin, la théorie des équipollents (supra n° 36) a largement tempéré la règle de l'article 1029 en donnant aux nullités de forme, même textuelles, le caractère comminatoire : l'irrégularité n'entraîne la nullité de l'acte que si elle n'est pas suppléée par une énonciation équivalente ou par une autre partie de l'acte.

Ainsi le système des nullités du Code de procédure civile, qui était primitivement un système obligatoire relatif, s'était transformé de plus en plus sous l'action combinée de la Doctrine, de la Jurisprudence et des praticiens en un système à tendance nettement comminatoire (en matière de nullités de forme) qui violait non seulement la lettre mais encore l'esprit du Code. Une réforme législative était donc nécessaire, car, elle seule pouvait donner le caractère légal à cette lente évolution de caractère purement prétorien. Telle est la cause profonde de la loi du 12 janvier 1933 et du décret-loi du 30 octobre 1935 que nous étudierons dans la deuxième partie.

CHAPITRE V

Les principaux systèmes étrangers

Nous allons donner ici quelques notions sur les systèmes de nullités en vigueur en Italie, en Allemagne, en Angleterre et au Maroc à la veille de la réforme du système français par la loi du 12 janvier 1933.

43. — Le système italien du Code de procédure de 1865

Le système des nullités de l'ancien Code de procédure italien de 1865, encore appliqué en 1933 (sa dernière édition a été mise à jour au 31 mars 1936 par le professeur L. Franchi dans son ouvrage « Cinque Codici »), était très proche du système primitif de notre Code de procédure : système obligatoire relatif, avec cependant un certain pouvoir d'appréciation laissé au Juge en matière de nullités (article 145) et dû probablement à la plus grande place que la loi italienne, comme presque toutes les autres lois étrangères du reste, fait au Juge dans la procédure, à l'encontre de notre Code qui abandonnait presque entièrement la direction de la procédure aux parties.

On n'y trouve pas de théorie générale de l'action, pas plus qu'une distinction entre les nullités de forme et les nullités de fond de procédure.

Ce Code prévoit des cas de nullité précis pour les formalités que le législateur a considérées comme étant les plus importantes.

C'est ainsi que l'article 134 énumère les mentions que doit contenir « l'acte formel de citation » devant le Tribunal Civil (1° mentions relatives à la date, 2° aux nom, prénom et domicile du demandeur, 3° aux nom, prénom, domicile de la « personne citée », 4° « les faits résumés et les éléments du droit qui constituent le fondement de l'action », c'est-à-dire : les moyens, 5° « l'indication de la cause qui forme l'objet de la demande », 6° l'indication du tribunal compétent, 7° celle du délai pour comparaître, 8° les nom et prénom du « procurator », c'est-à-dire de l'avoué, dans les

causes qui nécessitent son ministère, 9° la signature de l'huissier (1)) et que l'article 145 les sanctionne de la peine de nullité.

« La citation est nulle », nous dit l'article 145 :

« 1°) S'il manque une des souscriptions requises par les articles 133, 134, 135 et 139 ;

2°) si par l'inobservation des règles établies dans les articles 133 et 134, il y a incertitude absolue sur la personne ou sur l'objet de la demande, ou sur le délai à comparaître, ou sur l'autorité judiciaire compétente ;

3°) si sont violées les règles établies par les articles 135, 136, 137, 138, 139 et 140 ayant trait à la personne qui doit être citée ou à laquelle la copie doit être remise ;

4°) si sont violées les règles établies dans les articles 140, 141, 142, 143 concernant l'affichage, etc. »

L'alinéa 2 de l'article 145 laisse donc, comme nous l'avons dit, un certain pouvoir d'appréciation au Juge en ce qui concerne le respect des mentions relatives aux parties, à l'objet de la demande, au délai de comparution ou au tribunal compétent : le juge devra prononcer la nullité de la citation s'il y a « incertitude absolue » sur ces quatre mentions, mais, s'il n'y a pas incertitude complète, si la personne, l'objet de la demande, le délai de comparution, le tribunal compétent peuvent être déterminés malgré leur imprécision, le Juge aura toute latitude pour s'abstenir de prononcer la nullité.

Et le dernier alinéa de l'article 145 ajoute : « Quand la nullité regarde seulement la notification de l'acte, la citation est cependant efficace pour empêcher toute déchéance du droit ou du délai, pourvu qu'elle soit renouvelée dans un nouveau délai qui doit être fixé par le jugement qui prononce la nullité de la notification. »

Enfin l'article 153 est ainsi conçu : « Est nulle la citation dans laquelle il est indiqué un délai inférieur au délai légal. »

Les dispositions générales sur les nullités se trouvent insérées dans le livre 1^{er}, titre IV, chapitre 1^{er} : « Du procès », sous une section deuxième intitulée : « Incompétence et nullités ». Le paragraphe 2 de cette section porte la rubrique : « Des exceptions de nullité », et est composé des articles 190, 191 et 192.

Article 190 : « Les nullités des exploits de citation sont régularisées par la comparution du défendeur, sans préjudice des droits acquis antérieurement à la comparution, sauf la disposition de l'article 145.

(1) Cf. avec les 7 mentions essentielles de l'ajournement, supra n° 12.

Le défendeur défaillant peut dans l'acte d'opposition ou d'appel attaquer par voie de nullité la citation qui a précédé le jugement par défaut, mais doit le faire avant toute autre défense, excepté le déclinatoire du Tribunal ».

Article 191 : « Les nullités des actes de procédure postérieurs à la citation sont régularisées si elles ne sont pas proposées spécifiquement lors de la comparution qui suit l'acte que l'on veut attaquer ».

On voit la grande analogie de ces deux articles avec l'article 173 de notre Code de procédure primitif.

Enfin, l'article 192 déclare que « quand la partie qui aurait eu le droit d'opposer la nullité a fait défaut, la nullité doit être prononcée d'office ». C'est la consécration législative en droit italien de l'interprétation par la jurisprudence française de l'article 150 de notre Code de procédure (v. supra n° 40 et 42).

Quant à l'article 187, relatif au déclinatoire de compétence, il est la reproduction de nos articles 169 et 170 dont nous aurons à parler dans notre deuxième partie : « L'exception d'incompétence à raison de la matière ou de la valeur peut être proposée à n'importe quel état ou degré de la procédure ; le tribunal doit de plus la prononcer d'office.

Dans tous les autres cas, l'exception d'incompétence doit être proposée avant toutes les autres demandes ou défenses et ne peut pas être prononcée d'office. »

44. — Le système allemand du Code de procédure du 27 janvier 1877

Au début de l'année 1933, comme encore à l'heure actuelle, la procédure était régie en Allemagne par le Code du 27 janvier 1877, dans sa teneur du 20 mai 1898, avec les modifications résultant des lois des 5 juin 1905, 1^{er} juin 1909, 22 mai 1910 et 24 juin 1914. Ce Code a la particularité de ne pas traiter les règles relatives à la compétence d'attribution pour lesquelles il renvoie à la « loi sur l'organisation judiciaire » du 27 janvier 1877 (modifiée par les lois des 20 mars et 5 juin 1905, 1^{er} juin 1909, 22 mai 1910, 29 juillet 1913).

Il ne contient, pas plus que le Code italien, de théorie générale de l'action. Il ignore le mot de « nullité » que l'on ne rencontre dans aucun de ses mille quarante-huit articles. Les formes qu'il édicte ne sont même pas expressément sanctionnées par la peine de nullité. C'est ainsi que l'article 253 (ancien article 230) se contente d'énumérer les mentions que doit contenir l'acte introductif d'instance devant le Tribunal Régional

(Tribunal de Première instance) en les faisant précéder de cette seule disposition impérative : « Cet acte doit nécessairement contenir... »

A plus forte raison, ne fait-il pas la distinction entre les nullités de forme et les nullités de fond de procédure.

1° Il consacre cependant deux articles à certaines conditions de fond de l'acte de procédure : l'article 56 (ancien art. 54) au défaut de capacité, l'article 88 (ancien art. 84) au défaut de procuration, et les articles 230 (ancien art. 208) et 231 (ancien art. 209) à « l'omission d'un acte de procédure », c'est-à-dire aux déchéances résultant de son inaccomplissement en temps voulu.

2° Il distingue « les exceptions tendant à empêcher le procès » (prozeßhindernde Einreden) (2), dans lesquelles il range l'exception d'incapacité, et les « violations des prescriptions relatives à la forme d'un acte de procédure ». Aux premières il consacre les articles 274 (ancien art. 247) et 528 (ancien art. 490), aux secondes l'article 295 (ancien art. 267).

Nous allons maintenant étudier les différents articles que nous venons d'énumérer.

1° L'article 56 est ainsi conçu : « Le Tribunal doit relever d'office le défaut de capacité d'être partie, le défaut de capacité d'ester en justice, le défaut de qualité du représentant légal et le défaut d'habilitation pour la conduite du procès, lorsqu'il en est exigé.

S'il y a péril en la demeure, la partie ou son représentant légal peut être admis à conduire le procès, sous réserve de régularisation ultérieure. Le jugement qui termine l'instance ne peut être rendu qu'après l'expiration du délai qui sera fixé à la partie pour se mettre en règle ».

Le premier alinéa de l'article donne au défaut de capacité ou au défaut de qualité une caractéristique qui les fait ressembler de très près aux nullités de fond et aux nullités absolues en droit français : défaut « relevé d'office » par les juges.

« Le défaut de procuration peut être relevé par l'adversaire en tout état de cause.

Le Tribunal doit d'office relever le défaut de procuration dans les cas où le ministère d'avocat-avoué n'est pas exigé. » Tel est le texte de l'article 88 qui semble bien prouver que le défaut de procuration doit être aussi considéré comme une nullité de fond et une nullité absolue.

(2) Telle est la traduction littérale du mot allemand que nous préférons à celle de MM. Glasson, Lederlin et Dareste : « exceptions dilatoires » (v. leur ouvrage : « Organisation politique et administrative et législation de l'Alsace-Lorraine, 2^e partie, p. 78), car les exceptions dilatoires de notre article 174 ont une portée bien plus restreinte que celles de l'art. 274 du Code allemand.

2° Nous abordons enfin les seuls articles du Code qui donnent en la matière des vues quelque peu générales.

L'article 274 est ainsi rédigé : « Les exceptions tendant à empêcher le procès doivent être proposées simultanément et avant tout débat au principal de la part du défendeur. On ne doit considérer comme telles que les exceptions suivantes :

- 1° l'exception d'incompétence du tribunal,
- 2° l'exception fondée sur ce que la voie judiciaire n'est pas admise,
- 3° l'exception fondée sur ce que le litige doit être tranché par voie d'arbitrage,
- 4° l'exception de litispendance,
- 5° l'exception fondée sur le défaut de sûreté pour le remboursement des frais,
- 6° l'exception fondée sur ce que les frais d'une procédure antérieure dont l'acquittement peut être exigé avant le renouvellement du procès, n'ont pas encore été payés,
- 7° l'exception fondée sur l'incapacité d'être partie, sur l'incapacité d'ester en justice, ou sur le défaut de représentation légale.

Lorsque le débat oral sur le principal a été entamé par le défendeur, celui-ci ne peut plus proposer d'exceptions tendant à empêcher le procès, à moins qu'elles ne soient de telle nature que le défendeur n'ait pas le droit d'y renoncer valablement ou que le défendeur ne rende vraisemblable que, sans aucune faute de sa part, il n'était pas en état de les proposer avant sa défense au principal. » (3)

En ce qui concerne ce dernier alinéa, il est certain, par exemple, qu'une partie ne peut pas « renoncer valablement » à « l'exception fondée sur l'incapacité ... ou sur le défaut de représentation légale » puisque « le tribunal doit la relever d'office » conformément à l'article 56 précité : autrement, ces deux textes seraient en contradiction. La partie pourra donc opposer cette exception même après le commencement du « débat oral sur le principal ».

S'il s'agit au contraire d'exceptions auxquelles il peut être valablement renoncé (le Code ne spécifie pas lesquelles), la partie peut cependant les opposer même après le débat oral sur le principal lorsqu'elle prouve qu'elle n'a pas matériellement pu les opposer plus tôt. Elle pourra même les opposer pour la première fois en appel si elle est en mesure de faire alors la même démonstration. C'est ce qui résulte de l'article 528 : « Les

(3) Cf. *infra*, n° 58 et 59, avec les alinéas 1 et 4 de notre nouvel article 192.

exceptions tendant à empêcher le procès auxquelles la partie peut valablement renoncer ne peuvent être proposées (en appel) que si la partie rend vraisemblable qu'elle a été dans l'impossibilité, sans faute de sa part, de les proposer en première distance...»

A plus forte raison, les exceptions auxquelles le défendeur n'a pas le droit de «renoncer valablement» peuvent-elles être opposées pour la première fois en appel, et ce, sans conditions.

On remarquera que l'article 274 ne range pas parmi ces exceptions la communication de pièces à laquelle il consacre les articles 131 et suivants.

Le texte de l'article 295, lui, ne règle que ce que nous appelons en droit français les nullités de forme : «La violation d'une prescription relative à la procédure, et en particulier à la forme d'un acte de procédure, ne peut plus être invoquée lorsque la partie a renoncé à l'observation de cette prescription, ou que, lors du premier débat oral qui a eu lieu sur cette procédure ou dans lequel on s'y réfère, elle n'a pas relevé le vice, bien qu'elle ait comparu et qu'elle ait connu ou dû connaître nécessairement ce vice.

La disposition précédente ne s'applique pas lorsqu'ont été violées les prescriptions auxquelles la partie n'a pas le droit de renoncer valablement».

Ainsi les nullités de forme, sauf naturellement celles auxquelles on n'a «pas le droit de renoncer valablement» (4), sont relatives, comme en droit français, puisque la partie intéressée peut y renoncer expressément ou implicitement. On voit ainsi la grande analogie de notre article 173 et de cet article 295, avec cette seule différence que l'article allemand s'exprime en termes bien plus précis que le nôtre.

En résumé, le Code de procédure allemand fait apparaître les grands pouvoirs laissés au juge en notre matière : aucun article du Code n'impose au juge de prononcer la nullité, le mot de «nullité» (Nichtigkeit) n'étant même employé nulle part, ce qui permet au juge d'annuler l'acte ou de le maintenir, suivant que les prescriptions de la loi contiennent le verbe «müssen» qui est essentiellement impératif, ou le verbe «sollen» qui n'implique aucune sanction (ces deux verbes signifiant : devoir, avec des degrés différents de force obligatoire), mais après avoir apprécié :

1° en ce qui concerne les nullités de forme, si la partie a ou non «connu ou dû nécessairement connaître ce vice»,

2° en ce qui concerne les «exceptions tendant à empêcher le procès»,

(4) Cf. cette exception restrictive de la règle avec l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle de notre article 173, qui fait échapper au régime commun des nullités de forme celles qui touchent à l'ordre public (v. supra n° 42).

si le défendeur rend « vraisemblable que, sans aucune faute de sa part, il n'était pas en état de les proposer avant sa défense au principal ». Il semble donc devoir se rattacher à la catégorie des systèmes comminatoires relatifs.

45. — *Le système anglais*

Les règles coutumières de la procédure anglaise sont contenues dans le « Judicature Act » du 5 août 1873, complété par l'« Act » de 1875 et le « Supreme Court of Judicature Act » de 1925.

Le plus important de ces textes est sans nul doute la « loi sur l'organisation judiciaire » du 5 août 1873 : celle-ci, par la consolidation de toutes les Cours Supérieures de « common law » et d'« equity » en une Grande Cour Suprême, a mis fin à la possibilité des conflits de juridiction entre certaines de ces cours et attribué compétence à toutes pour donner concurremment effet aux deux séries de règles « équitables » et « légales ». Cette réforme était nécessaire. En effet l'« equity » ou équité, droit prétorien dû au Chancelier, était appliqué dans la Cour de Chancellerie, bien avant l'act de 1873, à défaut de la « common law » ou droit commun qui, comme le Droit Romain, ne comportait à l'origine qu'un nombre limité de formules d'action et qui ne connaissait que l'exécution contre les biens à l'exclusion de l'exécution contre la personne du défendeur. De nombreux conflits s'étaient naturellement élevés entre la Cour de Chancellerie et les Cours de « Common Law », qui n'avaient pas cessé avec le décret royal de 1616 proclamant la suprématie de l'« Equity » ; d'où, des lenteurs et une instabilité scandaleuses dans certains procès (v. dans les Aventures de Mr. Pickwick, de Dickens, le procès Jarndyce c. Jarndyce). La Cour Suprême de Justice (« Supreme Court of Judicature »), qui a un pouvoir presque législatif sous réserve de l'approbation du Parlement, est composée de la « High Court of Justice », ou Haute Cour de Justice, tribunal commun du premier degré qui nous intéresse spécialement, et de la « Court of Appeal » ou Cour d'Appel.

Mais après avoir créé une cour unique ayant plénitude de juridiction et jugeant en droit et en équité, il fallait organiser une procédure à l'usage de cette nouvelle juridiction. Les Anglais choisirent alors une solution difficile à comprendre pour notre tournure d'esprit souvent trop rationaliste, mais que nos rédacteurs du décret du 30 octobre 1935 ont cependant eux aussi partiellement adoptée : ils consacrèrent simplement ce que la pratique de plusieurs siècles avait établi. Aussi, le législateur s'est-il

borné à tracer les règles les plus générales de la procédure nouvelle dans un « act » qui forme un annexe à celui de 1873 : l'« Act » de 1875.

Nous allons énumérer les plus intéressantes et celles qui sont particulièrement originales.

1^o En matière de compétence, la Haute Cour a une compétence territoriale générale s'étendant à tout le territoire de l'Angleterre proprement dite. En ce qui concerne la compétence d'attribution, l'Act de 1875, article 11, pose qu'on peut toujours choisir entre les différentes Chambres de la Haute Cour et indiquer dans le « writ » introductif d'instance celle qu'on désire saisir. Mais, quand le demandeur veut faire juger sa cause par une Chambre incompétente d'après la loi, celle-ci a toujours le droit à *un moment quelconque* de l'instance de se dessaisir et de renvoyer l'affaire devant la Chambre déterminée par la loi, *sans que les actes de procédure déjà faits puissent être déclarés nuls*.

2^o En matière de délai et de déchéance (« time limit »), le juge jouit d'un pouvoir discrétionnaire. Il peut toujours augmenter ou diminuer le délai, prononcer ou ne pas prononcer la déchéance. Rien ne s'oppose même à ce qu'il donne à la partie forclosée un nouveau délai après l'expiration du premier (Act de 1875, titre LVII).

3^o La pratique distingue des fins de non-recevoir (« estoppel ») : ce sont des faits qui ne peuvent être déniés parce que dans le langage technique du droit la partie est non recevable à les dénier (« estopped »). Telle est la « fin de non-recevoir en vertu du registre » du Greffe, « estoppel by record », qui équivaut à notre fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée.

4^o Si une irrégularité de forme a été commise (« non compliance with a rule », « irregularity » ou « error »), le juge a le pouvoir absolu d'annuler tout ou partie de la procédure ou de la rectifier (Act de 1875, titre LIX).

Le dictionnaire de droit de Sweet (P. 449) dit qu'il y a « irregularity » : « quand une procédure est faite de la mauvaise manière ou sans les formalités propres... par opposition à un procès qui est illégal ou ultra vires ». Et il poursuit : « On peut renoncer à se prévaloir d'une irrégularité avec le consentement ou l'acquiescement de la partie adverse (dans le cas de procédures judiciaires), ou bien la Cour autorisera généralement de rectifier l'irrégularité, moyennant paiement des frais occasionnés par celle-ci, tandis qu'une procédure qui est illégale ou ultra vires est en règle générale radicalement nulle ("void") ». On voit que, comme en droit allemand, le mot de nullité, « nullity », est pour ainsi dire inconnu en procédure.

Le dictionnaire judiciaire de Stroud définit en effet l'«error» (T. 2, p. 638) : «une faute dans un jugement, ou dans le cours de la procédure aboutissant au jugement ou dans l'exécution du dit jugement, devant une Cour judiciaire ; ce qui *en Droit Civil* est appelé une nullité» (nullity).

Notons ici que devant les anciennes Cours de «common law», avant l'act de 1873, toutes les fois que des irrégularités avaient été commises dans des écritures, celles-ci pouvaient être rectifiées avec la permission du juge et il était d'usage que le juge l'accorde sans examen préalable, *si elles n'étaient pas de nature à nuire à l'autre partie*.

Outre les nullités de forme, les anciennes Cours de «common law» distinguaient, d'après l'ouvrage de Glasson : *Droit et institutions de l'Angleterre* (tome VI, p. 617 et suivantes), des exceptions dilatoires et des exceptions péremptoires. Les exceptions dilatoires comprenaient deux classes : 1^o les exceptions d'incompétence, 2^o les moyens suivants : — nullité de la procédure pour cause d'incapacité du demandeur (si le demandeur était «outlaw», «attainted» : citoyen ennemi, mineur, femme mariée non autorisée par son mari, ou s'il était mort avant le début du procès) — pour cause d'incapacité du défendeur (immeuble non situé dans le Comté indiqué par le writ — action déjà pendante devant un autre tribunal — demandeur non propriétaire de la chose engagée dans le cas de l'action en «replevin»).

Les exceptions péremptoires étaient aussi de deux sortes : 1^o celles où le défendeur nie purement et simplement les faits contenus dans la déclaration du demandeur («plea by way of traverse») ; 2^o celles où il reconnaît l'exactitude de ces faits mais en oppose d'autres qui les détruisent («plea by way of confession and avoidance»).

On voit, ajoute Glasson, que «la théorie des exceptions est bien différente dans la procédure anglaise de celle de notre Code et qu'on y comprend les défenses au fond».

Depuis l'act de 1873, la Haute Cour a des pouvoirs très grands pour limiter ou étendre le procès, plus grands encore que ceux du juge allemand.

C'est ainsi que les parties, contrairement à ce qui se passe en France, ne peuvent changer leurs conclusions qu'avec l'autorisation du Juge, laquelle n'est valable en principe que quinze jours, à moins que celui-ci n'accorde un plus long délai (Act de 1875, t. XXVII).

La Haute Cour a toujours le droit de mettre d'office hors de cause les parties qui d'après elle figurent à tort. Réciproquement, elle peut ordonner la mise en cause d'une partie qui n'a pas été appelée, par exemple d'un garant. Quand le tiers mis en cause dans l'intérêt du défendeur ne com-

paraît pas dans les huit jours, il est réputé avoir acquiescé au jugement de l'affaire (Act de 1875, t. XVI).

La Haute Cour, jouissant le plus souvent d'un pouvoir discrétionnaire, la mort de l'une des parties, son mariage, sa faillite restent sans effet sur l'instance. La Cour peut ordonner la mise en cause des héritiers, du mari, des fidéicommissaires ; elle a le droit d'appeler, sur requête, toute personne dont la mise en cause paraît utile par suite de naissance, mariage, faillite, décès, survenus au cours de l'instance, sauf à la partie appelée à demander sa mise hors de cause s'il y a lieu (Act de 1875, t. L).

La procédure anglaise ne connaît pas enfin notre règle que « nul ne plaide par procureur » (5) : les fidéicommissaires (« trustees ») exécuteurs testamentaires et administrateurs, les représentants des mineurs (« next friend » ou tuteur ad hoc) représentent valablement ceux dont ils gèrent les intérêts, et, lorsqu'un grand nombre de parties ont le même intérêt au procès, la demande peut être indifféremment formée au nom d'une seule ou de plusieurs contre une seule ou plusieurs d'entre elles.

En résumé, c'est en vain qu'on chercherait dans les textes de l'Act de 1875 une théorie générale des nullités ou seulement l'ébauche d'un système de nullités rationnel comme dans les autres législations. L'esprit anglais répugne trop à l'emploi de solutions aussi « a priori », il préfère la méthode empirique, alliée à l'usage du passé, pour résoudre chaque cas d'espèce. Il résulte cependant de cette brève étude que le Juge a un pouvoir quasi-absolu et discrétionnaire pour apprécier les cas de nullité, sans qu'un principe déterminé d'équité ne s'impose à lui dans cette appréciation. La pratique anglaise des nullités (on ne peut pas dire : le système) peut donc être rangée dans la catégorie des systèmes comminatoires absolus.

46.- Le « Dahir » Marocain de 1913

Le Titre septième du « Dahir » de procédure civile, chapitre XVI (« Dispositions générales ») (6) contient une théorie générale assez perfectionnée des nullités de procédure.

L'article 544 traite des nullités de fond, l'article 549 des nullités de forme.

Article 544, § 1^o : « Ne peuvent ester en justice que ceux qui ont qualité et capacité pour faire valoir leurs droits ». § 2^o : « Le juge relève d'office le défaut de qualité ou de capacité, ou le défaut d'autorisation lorsque celle-ci est exigée ».

(5) Voir supra n^o 8.

(6) Ce Code est appliqué devant les Tribunaux français du Maroc.

Article 549 : « En ce qui concerne les nullités ou irrégularités de forme et de procédure résultant de l'inobservation des dispositions du présent Dahir, le juge prononce en tenant compte des circonstances de la cause et de l'intérêt des parties ».

Cette dernière disposition n'a donc trait qu'aux nullités de forme et non à celles qui, comme les questions de capacité ou de qualité (art. 544), procèdent des règles de fond.

Monsieur Maurice Gentil, dans son intéressant ouvrage : « La procédure civile au Maroc », se pose sans la résoudre la question suivante : « Même en ce qui concerne les nullités de forme et de procédure, ne faut-il pas dire que la nullité sera toujours prononcée si elle a trait à une formalité tenant à l'ordre public et que le pouvoir d'appréciation du juge n'aura à s'exercer que s'il s'agit de formalités ne présentant pas ce caractère ? La jurisprudence fixera ce point. Certains textes, on peut le remarquer, tranchent la question en sanctionnant par une disposition expresse l'accomplissement des formalités qu'ils édictent (ex : art. 404, 408) ».

L'article 550 dispose : « aucune nullité ou irrégularité ne peut être invoqué par une partie après avoir présenté des conclusions au fond, sauf en ce qui touche la violation des règles de compétence ».

Monsieur Maurice Gentil le commente en ces termes : « Il semble préférable d'entendre l'article 550 en ce sens que les conclusions au fond couvrent les nullités mais que les conclusions prises du chef de la compétence ne produisent pas cet effet et laissent la faculté d'invoquer ensuite la nullité (analogie avec l'art. 173 Code proc. civ.). Ici encore, il semble bien que la règle ne s'applique pas aux nullités de fond et aux nullités de forme d'ordre public ».

Enfin l'article 124 permet de soulever l'incompétence en tout état de cause.

Mentionnons, pour terminer, l'article 546 qui supprime l'exception de « cautio judicatum solvi » contre les parties étrangères ou ne résidant pas au Maroc.

DEUXIÈME PARTIE

LE SYSTÈME ACTUEL DES NULLITÉS

TITRE PREMIER

LES TEXTES NOUVEAUX

47. — Les précédents

Nous avons vu, dans la première partie, le système primitif des nullités de notre Code de procédure, système obligatoire relatif, se transformer peu à peu en un système comminatoire relatif du type : « pas de nullité sans grief », sous l'action combinée des Juges, des auteurs et des auxiliaires de justice. Il ne manquait plus à ce système comminatoire relatif que la consécration législative. Elle s'est réalisée lentement et timidement : lentement, parce qu'un problème de technique juridique a rarement intéressé le législateur devenu ignorant et paresseux depuis l'époque des Codes, et timidement, parce que les différents régimes ont craint de rendre aux Juges l'esprit frondeur des Parlements en leur donnant un pouvoir d'appréciation trop étendu et parce que le législateur républicain, soucieux en apparence de respecter le saint principe de la séparation des pouvoirs, s'est toujours ingénié à garder le pouvoir judiciaire en tutelle.

Mais, il y avait tout de même quelques bons esprits au Parlement, qui comprirent la nécessité de mettre en harmonie la loi avec la véritable coutume qui s'était peu à peu instaurée en matière de nullités de procédure. D'où : la réforme partielle de la loi du 12 janvier 1933, complétée peu après par le décret du 30 octobre 1935.

Le législateur avait d'ailleurs comme exemples plusieurs précédents. C'est ainsi qu'aux termes de l'Ordonnance du 26 septembre 1842 (art. 69),

applicable à la procédure en Algérie, « les nullités des actes d'exploits et de procédure seront facultatives pour le Juge qui pourra, selon les circonstances, les accueillir ou les rejeter », règle maintenue par l'article 46 de l'ordonnance du 16 avril 1843 qui déclare cependant obligatoires les nullités expressément établies par cette ordonnance.

La Jurisprudence de la Cour d'Alger qui disposait donc des plus larges pouvoirs s'est cependant montrée bien plus rigoureuse et formaliste que les Cours métropolitaines, dont le Code de procédure avait pourtant limité le pouvoir d'appréciation. Elle a rarement usé, nous disent MM. Glasson, Tissier et Morel dans leur *Traité* déjà cité, du pouvoir qui lui est donné d'écarter les nullités de procédure : « Elle considère que la nullité doit être prononcée quand il s'agit de l'omission de formes substantielles et elle a tendance à considérer comme substantielles un grand nombre de conditions auxquelles on pourrait contester ce caractère ». Aussi, un arrêt de la Chambre Civile du 18 octobre 1922 (S. 23. I. 231) lui a rappelé que, les nullités étant purement facultatives en Algérie et les Tribunaux pouvant les accueillir ou les rejeter suivant les cas, « le juge du fond ne peut déclarer un exploit nul d'une nullité absolue et substantielle sans rechercher, si, à raison des circonstances et d'absence de tout préjudice pour le défendeur, il convient ou non de prononcer la nullité de l'exploit » et qu'il « méconnaît l'étendue de sa propre juridiction en ne le faisant pas ». Faisons remarquer tout de suite que les Tribunaux algériens n'ont pas plus que les Tribunaux métropolitains cette grande liberté d'appréciation lorsqu'au lieu de nullité de procédure proprement dite, il s'agit de fin de non-recevoir, telle que celle qui est fondée sur un appel prématuré ou tardif (Civ. 4 février 1874, D. 74. I. 252 - 18 mai 1887, D. 87. I. 486).

L'article 549 du Dahir Marocain donne aussi au Juge, comme nous venons de le voir, les pouvoirs d'appréciation les plus étendus en matière de nullités de forme.

Enfin, la loi du 1^{er} mars 1918 (D. P. 19. 4. 361) avait déjà appliqué la maxime « pas de nullité sans grief » aux bordereaux d'inscriptions hypothécaires : au cas où les bordereaux ne contiennent pas les énonciations prescrites par les articles 248 et 2513 C. Civ., la loi édicte que « la nullité ne pourra être demandée que par ceux auxquels l'omission ou l'irrégularité porterait préjudice ».

Il nous a semblé bon de rappeler ces précédents, qui ont sans nul doute inspiré le législateur, avant d'étudier dans un chapitre premier la loi du 12 janvier 1933 et dans un chapitre deuxième le décret du 30 octobre 1935.

CHAPITRE PREMIER

La loi du 12 janvier 1933

48. — Origine et but de la loi du 12 janvier 1933

La loi du 12 janvier 1933 a pour origine une proposition de loi déposée par M. Catalogne au Sénat, le 19 juin 1923 (annexe n° 466, J. O. du 26 octobre 1923, p. 813) (1). Elle fut rapportée, au nom de la Commission de législation, par M. Guillaume Poulle le 26 décembre 1924 (annexe n° 746, J. O. 22 mars 1925, p. 705). La déclaration de l'urgence et l'adoption se faisaient sans discussion le 3 février 1925 (J. O. 4 février 1925, p. 60).

Cette proposition de loi, déclarée d'urgence, était transmise avec célérité à la Chambre des Députés... le 7 juin 1932 (annexe n° 40, J. O. 18 décembre 1932, p. 705). Le rapport au nom de la Commission de Législation était présenté par M. Emile Masse le 30 novembre 1932 (annexe n° 950, J. O. 26 avril 1933, p. 236) et le texte adopté le 30 décembre 1932 (J. O. du 31 décembre, p. 383). Le texte devenait finalement : la loi du 12 janvier 1933, modifiant les articles 61, 64, 70, 456 et 1029 du Code de procédure civile en ce qui concerne les assignations et actes d'appel (J. O. du 14 janvier 1933).

Comme nous le disions plus haut, la réforme avait été lente : la période de gestation législative seule n'avait pas duré moins de dix années... malgré la déclaration d'urgence ! ; la réforme était en outre timide, car, elle n'appliquait le système comminatoire relatif qu'aux seules nullités des actes d'appel, des assignations et des significations (2), à l'exclusion des autres actes de procédure, et ce malgré les efforts de M. Catalogne qui préconisait, dans sa proposition de loi, l'abrogation de l'article 1029 C. pr. civ.

(1) Voir la proposition et l'exposé des motifs au Moniteur des Huissiers, 9, 15 août 1923, n° 14, p. 379.

(2) En dépit de son titre incomplet qui ne vise que les assignations et actes d'appel, la loi de 1933 s'applique aussi, nous le verrons plus loin aux significations d'actes en général.

et le retour pur et simple à l'état de choses antérieur à 1667, caractérisé par le brocard « pas de nullité sans grief ».

Cependant, le texte de loi définitif apportait une amélioration sensible au régime des nullités du Code de procédure.

Le nouveau texte n'est pas en effet prodigue de nullités de forme. Or, les nullités de forme présentent quatre graves dangers (3) :

- 1° Elles retardent le cours de la procédure,
- 2° elles augmentent les frais, en obligeant le plaideur à réitérer l'acte nul,
- 3° elles font souvent supporter aux Officiers ministériels des responsabilités injustifiées,
- 4° elles peuvent amener la perte du droit lui-même (« la forme emporte le fond »), lorsqu'il n'est plus temps de recommencer utilement l'acte.

Comme l'écrivait M. Jean Chevallier dans ses excellents « Commentaires sur la loi du 12 janvier 1933 » (cités supra n° 37) : « Ces inconvénients peuvent encore être acceptés lorsqu'ils sont la contre-partie d'une protection sérieuse en faveur du plaideur contre lequel l'acte est dirigé.

Lorsqu'au contraire l'irrégularité n'a point entravé la liberté de la défense, ces inconvénients ne peuvent être tolérés. »

Le but de la proposition de loi de M. Catalogne (ce but ressort clairement de son exposé des motifs (4)) était précisément de pallier, dans la mesure du possible, à ces inconvénients par l'adoption d'un système comminatoire relatif du type : « nullité sans grief n'opère rien », les nullités de forme n'étant plus admises qu'en fonction de l'existence d'un préjudice.

Il nous faut maintenant énumérer les textes modifiés par la loi du 12 janvier 1933, avant d'étudier la portée de cette réforme et le nouveau régime des nullités qu'elle a instauré.

49. — Les textes modifiés par la loi

L'article 61 du Code de procédure est ainsi modifié : « L'exploit d'ajournement contiendra :

1° la date des jour, mois et an, les noms, profession et domicile du demandeur, la constitution de l'avoué qui occupera pour lui et chez lequel l'élection de domicile sera de droit, à moins d'une élection contraire par le même exploit ;

2° les noms, demeure et immatricule de l'huissier, les noms et demeure du défendeur et mention de la personne à laquelle copie de l'exploit sera laissée ;

(3) et (4) Voir l'exposé des motifs, Sénat annexe n° 466, précité.

3° l'objet de la demande, l'exposé sommaire des moyens ;

4° l'indication du Tribunal qui doit connaître de la demande et du délai pour comparaître ».

L'article 64 : « En matière réelle ou mixte, les exploits énonceront la nature de l'héritage, la commune, et, autant que possible, la partie de la commune où il est situé et deux au moins des tenants et aboutissants ; s'il s'agit d'un domaine, d'un corps de ferme ou métairie, il suffira d'en indiquer le nom et la situation. »

Ces deux articles ont subi la même modification : suppression du membre de phrase « le tout à peine de nullité », placé in fine par les rédacteurs du Code après l'énumération des formalités sus-énoncées.

L'article 70, au lieu de contenir la brève formule : « Ce qui est prescrit par les deux articles précédents (5) sera observé à peine de nullité », est modifié comme suit :

« Ce qui est prescrit par les articles 61, 64, 68 et 69 qui précèdent et par l'article 456 ci-après sera observé à peine de nullité. »

« Toutefois, cette nullité ne pourra être prononcée *que lorsqu'elle aura eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la défense.* »

L'article 456 garde sa rédaction primitive :

« L'acte d'appel contiendra assignation dans les délais de la loi et sera signifié à personne ou domicile à peine de nullité »...

Mais la loi de 1933 lui a adjoint in fine la réserve suivante : « ... sauf toutefois ce qui est dit à l'article 70 ci-dessus. »

Enfin, le fameux article 1029 est ainsi atténué (voir supra, n° 24, son ancienne rédaction) :

« Aucune des nullités, *sauf ce qui est dit aux articles 61, 64, 68, 69, 70, 456 qui précèdent*, amendes et déchéances prononcées dans le présent Code n'est comminatoire. »

50. — Portée de la Réforme

Nous l'avons noté plus haut, et les textes énumérés viennent illustrer cette remarque, la loi de 1933, dans sa rédaction définitive, n'applique le principe comminatoire « pas de nullité sans grief » qu'à deux catégories particulières d'actes de procédure : les exploits d'assignation (articles 61, 64 et 69) et d'appel (article 456), et les exploits de signification (art. 68).

(5) Les « deux articles précédents » sont les articles 68, relatif à la signification de l'exploit et à la remise de la copie, et 69, relatif à l'assignation des personnes morales et des personnes sans domicile connu ou habitant l'étranger. Ils sont tous deux sans changement, sauf l'addition de l'article 70 nouveau.

La réforme apportée au régime primitif des nullités de forme, du type obligatoire relatif, n'était donc que partielle, et ce, nous l'avons déjà dit, malgré le désir de M. Catalogne de substituer entièrement le régime comminatoire relatif « pas de nullité sans grief » au régime obligatoire relatif du Code, pour tous les actes de procédure.

M. Poulle, dans son rapport précité, expliquait en ces termes pourquoi la portée de la réforme avait été ainsi limitée : la commission de législation du Sénat « a pensé que la suppression complète de cet article (l'article 1029) ne se justifiait pas et présenterait de graves inconvénients ». Mais l'honorable rapporteur n'a pas précisé la nature des inconvénients dont la crainte avait fait repousser à la dite commission l'abrogation de l'article 1029. Aussi, M. Chevallier, dans son étude précitée, remarque-t-il avec une indulgence relative pour les compétences juridiques de cette honorable commission : « il est permis de croire qu'elle a redouté de préconiser une réforme dont elle n'était pas certaine d'apercevoir toutes les répercussions. »

Et M. Chevallier poursuit en développant magistralement la nature de ces inconvénients :

« Cette prudence était fort justifiée. Le principe de l'automatisme des sanctions de procédure et son corollaire qu'il n'y a pas de nullité comminatoire doivent être maintenus. Qu'on subordonne la nullité d'un acte de procédure à l'existence d'un trouble causé par l'inobservation des formalités prescrites, lorsque ces formalités ont été imposées en vue de la protection d'un intérêt privé, rien là que de très naturel. Mais cette exigence ne se justifie qu'à l'égard des formes prescrites dans un intérêt privé. Or, certaines formalités sont imposées en vertu d'une idée d'ordre public. On ne peut concevoir que la sanction de leur inobservation puisse dépendre de la lésion d'un intérêt privé, puisque ce n'était pas un intérêt de cette nature que les formes avaient pour but de protéger. La méthode suivie était donc incontestablement prudente ; on ne pouvait agir que par voie d'exceptions apportées à l'article 1029 C. pr. civile sans songer (au moins jusqu'à plus ample informé) à ruiner son principe. »

On ne pouvait pas toucher plus juste : le principe général du caractère obligatoire des sanctions de procédure posé par l'article 1029 ne pouvait être que maintenu en matière de nullités de forme touchant à l'ordre public.

Ajoutons qu'en ce qui concerne les nullités de fond, le même raisonnement est valable. Les conditions de fond des actes de procédure sont, nous l'avons déjà dit (supra n° 22), prescrites dans l'intérêt général, dans le but d'une bonne administration de la justice. Leur sanction, la nullité, doit donc être appliquée automatiquement par le juge sans que celui-ci puisse

en apprécier l'opportunité d'après l'existence ou l'inexistence d'un préjudice personnel subi par l'une des parties, car, l'intérêt général n'est pas subordonné à l'intérêt particulier. Si donc l'article 1029 avait purement et simplement cessé de s'appliquer aux nullités de forme, il aurait dû être maintenu dans le domaine des nullités de fond (6).

Nous verrons d'ailleurs, tout à l'heure, que le décret du 30 octobre 1935 qui est venu compléter la réforme commencée en 1933 n'a pas davantage touché à l'article 1029 C. pr. civ.

Mais cette réforme partielle des nullités de forme avait cependant une portée différente suivant la catégorie d'actes envisagée, exploits d'assignation et d'appel (art. 61, 64, 69 et 456) ou exploits de signification (art. 68).

A l'égard des nullités encourues à raison de la signification irrégulière des actes de procédure, la loi de 1933 a une portée vraiment générale. En effet, l'article 70 nouveau étend le principe de la nécessité d'une atteinte aux droits de la défense aux nullités prévues par l'article 68 du Code. Or, ce texte s'exprime en termes les plus généraux : « *Tous exploits seront faits à personne ou domicile, etc...* ». Le principe « pas de nullité sans grief » s'applique donc à la signification de tous les exploits, quelle que soit leur nature, quel que soit le contenu de l'acte signifié (sommation, assignation, procès-verbal de saisie, etc...) ; s'il s'agit d'une demande introductive d'instance, peu importe que cette demande soit formée devant le Tribunal Civil ou de Commerce, ou devant le Juge de Paix ou le Conseil de Prud'hommes.

S'agit-il au contraire du contenu même de l'acte signifié, la loi nouvelle vise restrictivement les énonciations de l'ajournement devant le Tribunal Civil et de l'acte d'appel à l'exclusion de tous autres actes et a donc une portée bien plus restreinte que dans le premier cas ci-dessus.

Les seules nullités soumises à la nouvelle règle « pas de nullité sans grief » sont celles résultant de l'inobservation ou de l'omission des énonciations prescrites par les articles 61, 64 et 69 relatifs aux assignations devant le Tribunal Civil et par l'article 465 relatif aux actes d'appel (des décisions des Tribunaux Civils).

Il en résulte qu'il existe une nullité de l'ajournement qui reste en dehors de la sphère d'application de la loi : la nullité pour défaut d'enregistrement ou de mention de l'enregistrement sur l'original, laquelle n'est prévue par aucun de ces derniers articles mais par la loi du 22 février An VII, article 34 et par l'article 10 de la loi du 16 juin 1824.

(6) Cf. supra n° 22.

Mais, l'article 70 ne vise que l'acte d'ajournement et l'acte d'appel. Il ne modifie ni les articles 50 et 52 C. pr. civ. relatifs à la citation en conciliation, ni l'article 1^{er} relatif à la citation en Justice de paix, textes qui, il est vrai, ne prononcent pas la nullité des citations faites en contra-vention de leurs dispositions. Certains auteurs ont cru que le silence, sur ce point, de la loi nouvelle posait une question délicate (nous disons : « posait », car, le décret du 30 octobre 1935, que nous étudierons plus loin, a généralisé la maxime « pas de nullité sans grief » en l'appliquant à tous les actes) : est-il possible d'appliquer aux citations le principe de l'article 70 ?

Comme celles-ci ne sont pas sanctionnées par une nullité textuelle et que l'article 1030 pose le principe qu'il n'y a « pas de nullité sans texte », la réponse devrait être a priori négative. Mais, ce serait oublier la jurisprudence (v. supra n° 38) qui n'hésite pas à écarter l'article 1030 et à prononcer la nullité des actes de procédure auxquels font défaut des formalités substantielles. Or, si l'on peut prononcer la nullité des citations, malgré le silence des textes, il serait aussi permis de penser pouvoir leur étendre l'application de l'article 70.

C'est ce qu'a fait Monsieur le Doyen Cezar-Bru dans son commentaire de la loi du 12 janvier 1933 (Lois Nouvelles : 1933 1. 85), lequel n'a pas hésité à prendre parti pour l'affirmative : « Les raisons justificatives du principe nouveau sont a fortiori applicables devant la juridiction de paix. L'esprit de la loi nouvelle doit l'emporter sur sa lettre d'autant mieux que, si la lettre est absente, c'est parce que le législateur n'envisageant que le texte des articles 50 et 52 n'a pas cru devoir s'occuper des nullités non prononcées par la loi ». Cet argument ne nous semble cependant ni clair, ni convaincant, et nous sommes, pour notre part, très surpris que cette question ait été agitée malgré le texte clairement limitatif de l'article 70. Quant à la discussion, elle a perdu tout son intérêt depuis le décret du 30 octobre 1935 qui a étendu à tous les actes le principe de l'article 70.

51. — Nouveau régime des nullités instauré par la loi de 1933

Tout le régime nouveau des nullités tient dans le deuxième alinéa de l'article 70 nouveau : « Toutefois cette nullité (de l'assignation, de l'acte d'appel ou de la signification) ne pourra être prononcée que lorsqu'elle aura eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la défense ».

Notons tout de suite l'incorrection grammaticale de la formule, car, ce n'est pas la nullité qui a porté atteinte aux intérêts de la défense, mais bien l'irrégularité de l'acte dont on demande la nullité.

Avant la loi de 1933, la nullité de forme des ajournements, actes d'appel et significations était subordonnée à une seule condition : l'existence d'une irrégularité.

Depuis la dite loi, en vertu du deuxième alinéa de l'article 70 nouveau, elle est subordonnée à trois conditions (7) :

- 1° Existence d'un vice de forme sanctionné par une nullité textuelle,
- 2° Existence d'un préjudice,
- 3° Preuve de la relation de cause à effet entre l'irrégularité commise et le préjudice subi.

Et d'abord, les vices de forme susceptibles d'entraîner la nullité sont ceux qui constituent une violation ou une inobservation des énonciations édictées par les seuls articles 61, 64, 68, 69 et 456 C. pr. civ. Seules les nullités textuelles de ces articles sont soumises à la nouvelle règle. Quant à l'existence d'un préjudice, son criterium est contenu dans l'article 70 in fine : « atteinte aux intérêts de la défense ».

Il résulte donc de ce membre de phrase que le préjudice doit être subi par le défendeur s'il s'agit d'un ajournement, par l'intimé s'il s'agit d'un appel et par celui auquel l'acte est destiné s'il s'agit d'un simple acte de signification.

Cette formule précise en outre la nature du préjudice spécial qui est exigé : selon les termes de M. Cezar-Bru (étude déjà citée), « le défendeur qui voudra exciper de la nullité devra rapporter la preuve que la possibilité de se défendre lui a été enlevée pour le tout ou pour partie ».

Mais la lettre même du texte prouve que le préjudice ainsi défini ne suffit pas pour faire prononcer la nullité : elle exige en effet que l'irrégularité de forme ait eu « *pour effet* de porter atteinte aux intérêts de la défense ». L'article 70 exige donc une autre condition : « l'atteinte aux intérêts de la défense » doit être le résultat direct de l'irrégularité commise. « Si donc, comme l'écrit M. Chevallier (ibidem), le défendeur n'avait pu organiser sa défense sans que cela résultât du vice de forme de l'assignation, mais de son incurie ou de la négligence de son avoué par exemple, la nullité ne serait pas justifiée. »

Ainsi, la différence marquante entre ce régime nouveau des nullités et l'ancien est que le demandeur en nullité, d'après la loi de 1933, a la charge d'une preuve plus complexe. D'où, une modification du contrôle de la Cour de Cassation, d'après M. Chevallier. Et celui-ci développe en ces termes cette idée : « Avant la présente loi, à raison des termes de l'ar-

-(7) Voir l'étude précitée de M. Chevallier.

ticle 1029 C. pr. civ., le contrôle de la Cour de Cassation était fort étendu puisque le juge, constatant une irrégularité, ce qui était d'ailleurs une question de droit, ne pouvait pas éviter de prononcer la nullité. Aujourd'hui l'exception de nullité pose trois questions : 1° L'existence d'une irrégularité, 2° L'existence d'un préjudice, 3° L'existence d'un lien causal entre ces deux circonstances. Or si la première question est une question de droit soumise au contrôle de la Cour de Cassation, les deux autres sont des questions de fait appréciées souverainement par les juges du fond. Toutefois la Cour Suprême reprend ses prérogatives lorsque les juges du fond, ayant souverainement constaté les faits, en ont déduit des conséquences contraires aux règles de droit. Par exemple, si le tribunal saisi d'une question de nullité constate l'irrégularité de la procédure, l'existence d'un préjudice causé par cette irrégularité, mais ne prononce pas la nullité, son jugement encourt certainement la censure de la Cour Suprême (8). Mais, il suffit au Tribunal d'affirmer qu'il n'est, en fait, résulté de l'irrégularité commise aucune atteinte aux droits de la défense, pour échapper au contrôle de la Cour de Cassation. »

A part cela, la loi de 1933 ne change rien à la procédure de l'exception de nullité. L'article 173 C. pr. civ. est maintenu par elle. Le moyen doit donc être toujours soulevé avant toute discussion au fond. Et, si l'acte est accompli en cours d'instance, la nullité est couverte par le fait que l'adversaire agit comme si l'acte vicié était valable. Telle est la solution d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 24 janvier 1933 (Mon. Jug. Paix 1933. 140) : la nullité dont peut être entachée la signification d'un jugement est couverte lorsque, une saisie immobilière ayant été pratiquée en vertu de ce titre, la partie condamnée a assisté sans protestation à l'ouverture de l'ordre et a ratifié l'adjudication en demandant que le prix d'adjudication soit totalement attribué à ses enfants. En faisant état de ces circonstances, les juges du fond reconnaissent implicitement mais nécessairement que la partie avait connu les vices de la procédure et renoncé à les opposer.

Il faut retenir de tout cela que le progrès réalisé par la loi de 1933 dans le régime des nullités de forme des assignations, actes d'appel et significations est, en subordonnant la nullité à un préjudice, d'avoir désor-

(8) De même, mais inversement, il appartient à une Cour d'Appel, avant d'annuler l'acte d'appel pour inobservation des articles 61 et 456 C. pr. civ., de préciser l'atteinte non manifeste qui a pu être portée aux droits et intérêts de l'intimé par l'erreur et la lacune relevées dans l'acte d'appel et, à défaut de telles précisions, la décision portant annulation de cet acte n'est pas légalement justifiée et doit par suite être cassée (Civ. 10 avril 1940, Gaz. Pal. 1940 I. 439).

mais rendu impossibles des décisions trop formalistes et choquantes en équité, parce que favorisant la chicane, comme celle citée dans le rapport de l'honorable M. Poulle en ces termes : « Attendu, dit un arrêt de la Cour de Chambéry du 19 juillet 1887 (S. 90. 2. 217), qu'il n'y a pas d'ailleurs à s'arrêter à cette observation que l'intimée, *réellement touchée par la signification*, aurait constitué *avoué en temps utile* et qu'aucun arrêt n'aurait été obtenu contre elle avant l'expiration d'un mois fixé par l'article 730 du C. pr. civ.; *que cette considération ne peut effacer le vice originel de l'exploit*, alors surtout que l'intimée a fait précéder ses conclusions au fond de la fin de non-recevoir qui vient d'être examinée... »

*52. — Jurisprudence de la période transitoire, de la loi du 12 janvier 1933
au décret du 30 octobre 1935*

Si nous consultons maintenant les décisions de la période que nous appelons « transitoire », c'est-à-dire de la période qui s'étend entre la loi du 12 janvier 1933 et le décret du 30 octobre 1935, nous voyons que la jurisprudence a donné de la loi de 1933 des commentaires sensiblement analogues aux nôtres.

Le premier arrêt en date émane de la Chambre des Requêtes (Req. 21 mars 1933, Gaz. Pal. 33. I. 957) et consacre en la matière « les appréciations souveraines des juges du fond » : l'exploit d'ajournement ne peut être annulé si ceux-ci ont estimé que « le défendeur n'a pu avoir aucun doute sur l'identité du requérant ».

Un jugement du Tribunal Civil de Bordeaux du 16 juin 1933 (G. P. 12 nov. 1933) et deux arrêts des Cours d'Appel (Amiens 8 nov. 1933, D. H. 1934 p. 44 — Aix 3 janvier 1934, Mon. Jug. Paix 1934. 108) ont confirmé la portée limitative de la présente loi en affirmant que tombent seules sous le coup de celle-ci « les nullités prononcées pour omission des formalités prévues par les articles 61, 64, 68, 69, 456 C. pr. civ. » à l'exclusion « des nullités prévues par d'autres textes du même Code ou par des lois spéciales ».

Et il nous a semblé bon de reproduire à ce sujet quelques-uns des attendus remarquablement rédigés par les Conseillers de la Cour d'Amiens :

« Attendu qu'aux termes de l'article 6 de la loi du 27 décembre 1923, tous actes judiciaires et extra-judiciaires, à l'exception des procès-verbaux de constat et d'exécution des ventes mobilières judiciaires ou volontaires devront, à peine de nullité, être signifiés par huissier ou par clerks assermentés ;

» Attendu que la loi du 12 janvier 1933, modifiant les articles 61, 64, 70,

456 et 1029 Code pr. civ., qui subordonne la nullité résultant de l'inobservation des formalités prescrites par ces articles ainsi que par les articles 68 et 69 du même Code à une atteinte portée aux droits de la défense, ne s'applique pas à la nullité édictée par l'article 6 de la loi du 27 décembre 1923 ; qu'en effet procédant par voie d'exceptions au principe général d'automatisme des nullités posé par l'article 1029 C. pr. civ. et dérogeant ainsi au droit commun, elle doit être interprétée restrictivement ; que telle a bien été du reste l'intention du législateur qui, sollicité par une proposition de loi d'abroger l'article s'est borné à apporter des exceptions précises et limitées à ce texte dont le principe se trouve maintenu ;

» Or attendu que la loi de 1933 ne se réfère qu'aux nullités découlant des articles 61, 64, 68, 69, 70 et 456 C. pr. civ., qu'elle ne vise pas la nullité prononcée par l'article 6 de la loi du 17 décembre 1923, qu'elle ne saurait donc y être étendue... »

Par application de l'article 70, alinéa 2, nouveau, huit jugements et arrêts ont constaté des contraventions aux prescriptions des articles tombant sous le coup de la loi nouvelle, mais ont refusé de prononcer la nullité des actes incriminés parce que la nullité n'avait pas eu pour effet de porter atteinte aux droits de la défense : Paris 25 avril 1933 (Mon. Jug. Paix 1933, 247) - Aix 11 décembre 1933 - Toulouse 15 janvier 1934 (D. H. 1935, Sommaire p. 3) - Rennes 17 décembre 1934 (Rec. Rennes 1935, 162) - T. C. Abbeville 29 janvier 1935 (Gaz. Pal. 35. 1. 618) - Paris 12 mars 1935 (S. cahier Mensuel I^{er}, 1936. 1. 19), Civ. 9 avril 1935 (Rec. de Sirey 1935. 1. 168) - Tribunal de Commerce de la Seine 4 juin 1935 (Gaz. Palais 1935. 2. 346).

Seuls à notre connaissance, un arrêt de la Cour d'Appel de Pau du 10 décembre 1934 (D. H. 1935, p. 141) et un jugement du T. C. d'Amiens du 9 mai 1933 (Rec. de Sirey 1934. 2. 59) ont prononcé la nullité d'une assignation parce qu'elle avait porté atteinte aux droits de la défense. Voici les propres termes de l'arrêt de Pau :

« Attendu, sur le premier point, que l'assignation n'a pas été délivrée à la personne des époux Benzacar que l'intimé savait cependant être à la campagne, au Carbon-Blanc, à partir du 1^{er} septembre avec l'enfant, ainsi que le lui avait annoncé la dame Benzacar dans sa lettre du 21 août, que la dite assignation n'a pas été signifiée non plus au domicile des époux Benzacar, 104, Boulevard d'Alsace à Bordeaux, que l'intimé connaissait bien ; qu'elle a été signifiée, ainsi qu'il est constaté en l'exploit au domicile élu par les appelants, en l'étude de Me Meyrignac, huissier à Biarritz ; que l'huissier n'ayant pas voulu recevoir la copie, celle-ci fut déposée à la Mairie ;

» Or attendu qu'il est certain que les époux Benzacar n'ont jamais élu domicile en l'étude de l'huissier Meyrignac ; que c'est dans le but qu'ils ne soient pas touchés en temps utile par l'assignation et qu'il leur soit impossible d'être présents ou représentés quarante-huit heures plus tard à l'audience des référés, que Rodrigues-Ely a fait signifier l'exploit à une adresse qu'il savait fictive ; qu'en agissant ainsi il a délibérément porté atteinte aux droits de la défense et que la nullité de l'assignation doit être prononcée, par application tant des textes susvisés que du paragraphe ajouté par la loi du 12 janvier 1933 à l'article 70... »

CHAPITRE II

Le décret du 30 octobre 1935

53. — *Origine et but du décret du 30 octobre 1935*

La loi du 12 janvier 1933 avait eu pour but, nous l'avons vu (supra n° 48), de supprimer les abus les plus criants du formalisme dans le domaine des nullités de procédure : retards dans le cours de la procédure, augmentation des frais, responsabilités injustifiées des Officiers ministériels, perte du droit lui-même. Mais la réforme était trop partielle, ne s'appliquant qu'aux assignations, actes d'appel et significations. Elle devait être étendue avantageusement aux autres actes de procédure, par dérogation au principe fondamental de l'article 1029. Mais, seuls des techniciens pouvaient mener cette œuvre à bonne fin.

C'est ce que comprit le Gouvernement qui créa peu après, par le décret du 23 juillet 1934, une Commission de Révision du Code de procédure, « chargée d'étudier les diverses questions concernant l'organisation et le fonctionnement de la procédure devant les tribunaux judiciaires et d'examiner les modifications dont cette procédure pourrait utilement faire l'objet en vue d'en simplifier les formes et de réduire les frais devant les tribunaux ».

Le rapport du Garde des Sceaux, Ministre de la justice, était ainsi conçu (1) : « Mon attention a été appelée à plusieurs reprises sur l'intérêt que présenteraient la refonte et la simplification de la procédure devant les Tribunaux judiciaires. Si les règles sages et prudentes édictées par le législateur de 1806 méritent qu'on leur rende hommage, il n'en est pas moins incontestable que, sur certains points et malgré les réformes partielles déjà réalisées, les dispositions du Code de procédure civile ont vieilli et qu'il est nécessaire d'y apporter des perfectionnements essentiels pour mettre ses dispositions en harmonie avec le droit et la pratique modernes.

(1) Voir D. 1934. 4. 263 (note 14).

Le moment présent me paraît opportun pour reprendre l'examen d'une réforme depuis longtemps réclamée et qui est de nature à favoriser l'œuvre de la justice civile en la rendant plus prompte, plus simple et moins coûteuse. »

Le président et les membres de la Commission furent nommés par un arrêté du Garde des Sceaux en date du même jour.

Composée de juristes éminents, théoriciens ou praticiens, la Commission ébaucha en quelques mois un ensemble de réformes que les Commissions dites « de législation » du Parlement n'avaient même pas su concevoir en plusieurs années.

Ces travaux allaient constituer le fond d'un des nombreux décrets du 30 octobre 1935 pris par le Gouvernement Laval... « pour défendre le franc », en conformité de la loi du 8 juin 1935 (J. O. 10-11-12 juin 1935 et D. 1935. 4. 177, 1^{re} col.).

Ce « décret modifiant divers articles du Code de procédure civile » parut au J. O. du 31 octobre 1935 (2). Mais les travaux préparatoires du décret n'ont pas été publiés, ce qui ne facilite pas la tâche des commentateurs.

Le rapport du Président du Conseil, Ministre des Affaires Étrangères, du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, et du Ministre des Finances rendait d'ailleurs hommage à la Commission de révision du Code de procédure en ces termes :

« Le présent décret s'inspire très largement des travaux de la commission instituée en 1934 au Ministère de la Justice pour préparer la révision du Code de procédure civile ».

Et ce même rapport exposait ainsi le but du décret :

« Notre procédure civile est, dans ses grandes lignes, restée inchangée depuis près de trois siècles. Le Code de 1806, en effet, s'est si étroitement inspiré de l'ordonnance de 1667 et de la pratique du XVIII^e siècle qu'il a, dans son ensemble, conservé la procédure de l'Ancien Régime et que, dès sa promulgation, on a proposé de le réviser et de le rajeunir. Les multiples projets qui ont été élaborés en ce sens n'ont abouti jusqu'à présent qu'à des retouches de détail et tout le monde est d'accord pour reconnaître que les complications et les lenteurs de notre procédure ne sont plus en accord avec les conditions et les exigences de la vie moderne.

» Sans doute pourrait-il paraître imprudent de bouleverser des règles traditionnelles qui puissent souvent leur efficacité dans la force même de la tradition. La révision du Code de procédure constitue une œuvre de longue

(2) Voir aussi D. 1935. 4. 421, 3^e col.

haleine et suppose avant tout l'adaptation patiente et minutieuse des textes anciens aux besoins nouveaux. Sans négliger ce point de vue, et sans prétendre transformer la nature de notre procédure ou en méconnaître les principes constants, il a paru au Gouvernement que l'œuvre générale de redressement et d'assainissement économique entreprise par lui rendait indispensable un certain nombre de mesures urgentes destinées à porter remède aux défauts les plus criants et aux abus les plus certains d'un formalisme suranné».

Puis, le rapport énumère les modifications que le décret apporte à la procédure :

L'article 1^{er} « vise à renforcer et à rendre effectif le préliminaire de conciliation. »

L'article 2 « modifie l'instruction des affaires » par la création d'un « juge chargé de suivre la procédure ».

L'article 3 assouplit l'opposition et supprime le « défaut faute de conclure ».

L'article 4 étend le principe « pas de nullité sans grief » à tous les actes de procédure et modifie le régime des exceptions au sens large du mot.

L'article 5 retouche le système de l'appel.

L'article 6 rend plus dangereux pour les plaideurs le procédé de la récusation.

Les articles 7 et 8 ont « pour objet d'accélérer la solution définitive des instances portées devant la Cour de Cassation ».

L'article 9 réalise pour les Tribunaux de commerce la même « innovation » que celle apportée par l'article 3 à l'opposition en matière civile, en supprimant l'article 643 du Code de commerce.

Enfin, ce dernier article, après avoir énuméré certains articles du Code de procédure civile qu'il abroge expressément, déclare « abrogées toutes les dispositions du Code de procédure civile et du décret du 30 mars 1808 contraires à celle du présent décret ».

Seuls, l'article 4 du présent décret relatif aux exceptions, l'article 3 en tant que modifiant l'article 162 Code pr. civ. et l'article 5 en tant que modifiant l'article 456 du même code intéressent la présente étude. — Nous allons voir en donnant maintenant un bref commentaire de ces textes, qu'ils ont un rapport assez vague avec la « défense du franc ». Il est vrai que le Parlement nous a habitués à ce genre de procédé en insérant dans sa loi de finances annuelle les textes les plus hybrides et les moins financiers qu'on puisse imaginer !

54. — Les textes du décret intéressant les nullités de procédure

Et d'abord, les textes principaux sont contenus dans l'article 4 du décret.

Cet article 4 est lui-même placé sous la rubrique : « Titre IV. — Des exceptions ».

Il est ainsi conçu :

« Les dispositions du titre IX du livre II du Code de procédure civile, première partie, sont complétées et modifiées ainsi qu'il suit :

Art. 170 bis. — L'incompétence à raison de la matière ne pourra être invoquée pour la première fois en cassation que dans les cas suivants :

1° Lorsque la loi attribue compétence à une juridiction répressive ou administrative.

2° Dans les causes de séparation de corps ou de biens, divorces, questions d'état, et généralement dans les instances où l'ordre public est intéressé.

Art. 173. — Aucune nullité d'exploit ou d'acte de procédure ne pourra être admise que s'il est justifié qu'elle nuit aux intérêts de la partie adverse.

Toute nullité d'exploit introductif d'instance est couverte si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autres que les exceptions de caution ou d'incompétence. Toute nullité des autres actes de procédure est couverte si elle n'est proposée avant toute discussion du fond.

Tous les moyens de nullité contre un acte doivent être proposés conjointement (3).

L'art. 192. — C. pr. civ. est remplacé par les dispositions suivantes :

Art. 192. — Toutes les exceptions, demandes en nullité, fins de non-recevoir et tous les déclinatoires visés aux articles précédents, sauf l'exception d'incompétence *ratione materiae* et l'exception de communication de pièces, seront déclarés non-recevables s'ils sont présentés après qu'il aura été conclu au fond.

L'exception de caution doit être présentée en premier lieu.

L'exception d'incompétence relative doit être présentée après celle de caution et avant tout autre.

Toutes les autres exceptions, demandes de nullité, fins de

(3) Ancien article 173 : « Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence. »

non-recevoir et tous les autres déclinatoires doivent être proposés simultanément et aucun ne sera plus reçu après un jugement statuant sur l'un d'eux. » (4)

Ainsi, l'article 170 bis, qui a été ajouté aux articles primitifs du Code, restreint les cas où l'incompétence d'attribution peut être invoqué pour la première fois en cassation. Il répond très certainement au grand désir du législateur moderne d'accélérer le rythme de la procédure en supprimant le plus possible les moyens dilatoires : désormais, on ne pourra plus, sauf dans des cas strictement limités, retarder la solution des procès en invoquant au dernier étage de la procédure un moyen d'incompétence que l'on avait sciemment réservé aux étages inférieurs.

L'article 173 nouveau étend à tous les actes de procédure sans exception la règle : « nullité sans grief n'opère rien », et réglemente suivant l'acte (actes introductifs d'instance d'une part, les autres actes d'autre part) le temps pendant lequel la nullité pourra être invoquée, dégageant ainsi la procédure de son formalisme exagéré et la rendant plus expéditive.

L'article 192 indique avec détail l'ordre de présentation des différentes exceptions.

En définitive, ces deux articles, comme le premier, visent à freiner dans la mesure du possible l'emploi des moyens dilatoires par les plaideurs. Nous leur consacrerons une étude détaillée dans le titre suivant.

Quant aux nouveaux articles 162 et 456, ils ont une portée bien plus restreinte que les précédents.

En effet, l'article 162, modifié par l'article 3, lui-même inséré sous un titre III : « Jugement par défaut et oppositions », ne vise que la forme de l'opposition.

L'article 456, modifié et complété par l'article 5 du présent décret lui-même placé sous la rubrique « Titre V : De l'appel et de l'instruction sur l'appel », n'a trait qu'aux formalités particulières de l'appel.

Le nouvel article 162 est ainsi rédigé :

« L'opposition est formée par acte d'avoué à avoué contenant constitution d'avoué et conclusions motivées. Elle peut l'être également soit par acte extra-judiciaire, soit par déclaration sur les commandements et tous actes ou procès-verbaux comportant exécution du jugement, à charge par le défaillant de la réitérer dans le délai de huitaine par acte d'avoué à avoué, sinon elle sera inexistante.

(4) L'ancien article 192 était tout autre : il ne visait que l'incident de communication de pièces.

L'huissier instrumentaire sera tenu d'insérer la déclaration et d'avertir le défaillant, à peine de nullité de l'acte d'exécution, qu'il doit réitérer son opposition dans les formes et délais prescrits par l'alinéa précédent.

Ce temps passé, l'exécution sera continuée, sans qu'il soit besoin de la faire ordonner. » (5)

Cet article, à l'encontre des précédents, ne simplifie pas le formalisme procédural. Il crée au contraire un nouveau cas de nullité, que l'article ancien n'édicteait pas : l'exploit d'exécution sera nul s'il ne contient pas les indications à la partie défaillante d'avoir à « réitérer son opposition dans les formes et délais prescrits par l'alinéa précédent. »

Enfin, l'ancien article 162, au cas d'opposition par acte extra-judiciaire ou par déclaration sur l'acte d'exécution, frappait de nullité l'opposition non réitérée dans le délai de huitaine, « passé lequel temps, ajoutait-il, ne sera plus recevable l'opposition et l'exécution sera continuée sans qu'il soit besoin de la faire ordonner ».

Le nouvel article 162, dans son alinéa 1^{er}, maintient cette sanction mais en employant une expression plus vigoureuse : « à charge par le défaillant de la réitérer dans le délai de huitaine par acte d'avoué à avoué, sinon elle sera inexistante ».

On peut se demander si le législateur a voulu consacrer un cas d'inexistence par l'emploi de l'expression finale : « sinon elle sera inexistante », surtout lorsque le dernier alinéa ajoute : « Ce temps passé, l'exécution sera continuée sans qu'il soit besoin de la faire ordonner ».

Nous ne le pensons pas, pour les mêmes motifs qui nous ont fait repousser plus haut la théorie de l'inexistence (v. n° 17).

Tout au plus, peut-on voir dans ces deux expressions la consécration exceptionnelle d'un cas de nullité « de plein droit » (supra ibidem) : la nullité de l'opposition n'aura pas besoin d'être constatée et prononcée par

(5) Ancien article 162 : « Lorsque le jugement aura été rendu contre une partie n'ayant pas d'avoué, l'opposition pourra être formée, soit par acte extra-judiciaire, soit par déclaration sur les commandements, procès-verbaux de saisie ou d'emprisonnement ou tout autre acte d'exécution à la charge par l'opposant de la réitérer avec constitution d'avoué, par requête, dans la huitaine ; passé lequel temps elle ne sera plus recevable et l'exécution sera continuée sans qu'il soit besoin de la faire ordonner.

Si l'avoué de la partie qui a obtenu le jugement est décédé, ou ne peut plus postuler, elle fera notifier une nouvelle constitution d'avoué au défaillant, lequel sera tenu, dans les délais ci-dessus, à compter de la signification, de réitérer son opposition par requête, avec constitution d'avoué.

Dans aucun cas, les moyens d'opposition fournis postérieurement à la requête n'entreront en taxe. »

le Juge puisque l'exécution du jugement par défaut « sera continuée sans qu'il soit besoin de la faire ordonner ».

L'ancien article 456 : « L'acte d'appel contiendra assignation dans les délais de la loi et sera signifié à personne ou domicile, à peine de nullité », est remplacé et complété par le nouveau texte suivant :

« L'appel sera formé par exploit d'huissier contenant constitution d'avoué et assignation, délivré à personne ou à domicile à l'une au moins des parties figurant au jugement.

L'appel sera, en outre, par les soins de l'avoué constitué déclaré au greffe de la juridiction d'appel dans les quinze jours de la signification de l'acte d'appel, à peine de déchéance.

Cette déclaration dont il sera délivré à l'avoué récépissé sans frais, sera inscrite sur un registre d'ordre tenu par le greffier et contiendra :

- 1^o Le nom et domicile de l'avoué déclarant ;
- 2^o le nom et l'adresse de l'appelant ;
- 3^o l'indication du Tribunal qui a rendu le jugement ;
- 4^o la date de ce jugement ;
- 5^o le nom et l'adresse de la partie ou des parties alors intimées.

Pendant le délai de quinze jours ci-dessus imparti, l'appelant aura la faculté d'intimer toutes autres parties, à charge par lui, dans ce même délai, de faire mentionner en marge de la déclaration les noms et domicile des autres parties ainsi intimées. »

Le nouvel article 456 complique lui aussi les formes de la procédure en voulant accélérer la solution des litiges. Il a créé un cas de déchéance rigoureux au cas où l'acte d'appel n'a pas été déclaré au Greffe dans la quinzaine de sa signification, presumant que ce défaut de déclaration dans le délai imparti était la preuve manifeste du caractère dilatoire et téméraire de l'appel interjeté. Comme l'écrivait M. Solus (ouvrage déjà cité), les rédacteurs de l'article espéraient ainsi que « tomberaient d'eux-mêmes les appels qui avaient pu être faits avec témérité et qui ne sont point ensuite déclarés ».

Mais, le fait de ne pas déclarer un appel dans le délai imparti n'est pas forcément le signe extérieur du caractère dilatoire ou téméraire de cet appel.

L'appel peut très bien ne pas avoir été déclaré dans le délai voulu faute de temps pour l'avoué déclarant. Un délai de quinze jours est en effet très court, trop court même. Notamment, pour les jugements de Paix, c'est le plus souvent l'huissier qui fait l'appel sur des formules toutes préparées en constituant l'avoué correspondant de son Etude. Ce dernier

ignore en général cet appel jusqu'au jour où l'huissier lui transmet le dossier, souvent au dernier moment ... quand ce n'est pas le client lui-même qui a gardé « le papier » en poche !

Dès lors, cette peine de déchéance semble le plus souvent injuste à supporter pour l'avoué, et trop rigoureuse, surtout d'après l'interprétation de la jurisprudence postérieure au présent décret, mais antérieure à la loi du 23 mai 1942 (Paris, 29 avril 1937, D. H. 10 juin 1937 - T. C. Nancy, 24 décembre 1937, Gaz. Pal. 10 mai 1938). Ces deux décisions ont en effet considéré cette déchéance comme d'ordre public, « pouvant être suppléée d'office » (Cour de Paris), et pouvant être « opposée par tout intéressé » (T. C. Nancy).

L'article 456 nouveau risquait de devenir l'illustration vivante de la maxime redoutée : « la forme emporte le fond ».

Aussi, une des trop nombreuses lois du pseudo-gouvernement Pétain (« loi n° 556 du 23 mai 1942 sur l'appel des décisions judiciaires » (6)) a abrogé cet article 456 et a remanié les formalités de la déclaration de l'appel en les plaçant sous un nouvel article 457 Code pr. civ., alinéa 2, ainsi conçu : « L'appel devra être en outre, par les soins de l'avoué constitué, déclaré au greffe de la juridiction d'appel dans le mois de la signification de l'acte d'appel, à peine d'une amende égale à celles prévues à l'article 453 et de tous dommages-intérêts s'il y a lieu ».

Cette réforme est bonne : le délai de déclaration de l'appel est doublé (un mois au lieu de quinze jours) et la peine de déchéance est remplacée par une amende contre l'avoué constitué négligent.

Le formalisme de la déclaration d'appel se trouve ainsi assoupli en même temps que se trouve supprimé le danger pour l'appelant de perdre son droit.

Quant à la responsabilité de l'avoué, elle sera moins lourde puisqu'il n'aura jamais plus à supporter les conséquences pécuniaires très graves pour lui de la perte par l'appelant de son droit.

(6) Voir Affiches Parisiennes des 17, 18, 19 juillet 1942, p. 5.

TITRE DEUXIÈME

LE NOUVEAU RÉGIME DES NULLITÉS

Le présent titre comprendra trois chapitres : 1^o les réformes du décret du 30 octobre 1935 et leur application par la jurisprudence, 2^o le système actuellement en vigueur en France, 3^o les systèmes étrangers actuels.

CHAPITRE PREMIER

Les réformes du décret du 30 octobre 1935 et leur application

Nous allons étudier sous cette rubrique les réformes de structure apportées au système des nullités par les nouveaux articles 170 bis, 173 et 192, telles qu'elles résultent du décret du 30 octobre 1935.

Nous étudierons en détail ces articles d'après leur degré d'importance : d'abord l'article 173, puis l'article 192 et enfin l'article 170 bis.

§ 1^{er} — L'article 173 :

« A tout seigneur, tout honneur », c'est évidemment par l'article 173 que nous commencerons cette étude puisque c'est lui qui a réalisé définitivement la grande révolution des nullités de forme en substituant au système obligatoire relatif des origines le système comminatoire relatif fondé sur la maxime : « pas de nullité sans grief ».

55. — L'alinéa premier du nouvel article 173

La substance même de cette révolution procédurale se trouve dans l'alinéa 1^{er}, cité plus haut au n^o 54, et ainsi rédigé : « Aucune nullité d'exploit ou d'acte de procédure ne pourra être admise que s'il est justifié qu'elle nuit aux intérêts de la partie adverse ».

Cet alinéa est écrit dans les termes les plus généraux et marque bien la volonté des rédacteurs du décret, d'étendre à tous les actes de procédure sans exception la réforme partielle de la loi du 12 janvier 1933 qui n'avait appliqué qu'aux seuls ajournements, actes d'appel et significations la maxime « pas de nullité sans grief ».

Mais sa rédaction, comme celle de l'article 70 alinéa 2 nouveau (loi du 12 janvier 1933), est défectueusement elliptique : ce qui doit avoir porté atteinte aux « intérêts de la partie adverse », ce n'est pas à proprement parler la nullité, mais l'irrégularité dont la nullité est la sanction. Et comme, nous l'avons déjà fait remarquer plusieurs fois, l'article 173 n'a trait qu'aux seules nullités de forme, cet alinéa 1^{er} de l'article 173 doit en réalité être ainsi conçu : en matière d'exploit ou d'acte de procédure, tout vice de pure forme n'entraîne la nullité que s'il est justifié qu'il a nui aux intérêts de la partie adverse.

1^o *Domaine d'application.* — Le domaine d'application de l'alinéa 1^{er} de l'article 173 nouveau est donc très vaste. Il englobe en principe tous les vices de forme de tous les actes de procédure, dans toutes les procédures.

a) D'une part, « pas de nullité sans grief » s'applique à tous les vices de forme, mais aux vices de forme seuls. Encore faut-il faire ici la distinction suivante que nous empruntons à M. Chevallier (v. supra n° 50) : il est naturel de subordonner la nullité d'un acte de procédure à l'existence d'un préjudice causé par l'inobservation des formalités prescrites, « lorsque ces formalités ont été imposées en vue de la protection d'un intérêt privé », car, « l'intérêt privé » peut se passer de la protection des formalités lorsqu'il n'a pas été lésé par l'absence ou l'irrégularité de celles-ci. « L'intérêt privé », pour mériter la protection que constitue pour lui la nullité de l'acte de l'adversaire, doit nécessairement avoir subi un préjudice de l'irrégularité de cet acte. Autrement, la nullité n'aurait aucune raison d'être prononcée, puisque « l'intérêt privé » n'aurait pas besoin de sa protection. Donc, nous citons encore M. Chevallier, « cette exigence ne se justifie qu'à l'égard des formes prescrites dans un intérêt privé ». Et celui-ci poursuit : « Or, certaines formalités sont imposées en vertu d'une idée d'ordre public. On ne peut concevoir que la sanction de leur inobservation puisse dépendre de la lésion d'un intérêt privé, puisque ce n'était pas un intérêt de cette nature qu les formes avaient pour but de protéger. » Par conséquent les formes prescrites dans un but d'intérêt public doivent échapper à la règle de l'alinéa 1^{er} de l'article 173 nouveau, ce qui restreint le domaine d'appli-

cation de celle-ci. Mais cette restriction n'est que minime, car, ce n'est que par exception que le législateur impose des règles de forme dans un but d'ordre public. Le principe est que les règles de forme sont édictées dans un but d'intérêt privé. Donc, dans la presque totalité des cas, la maxime « pas de nullité sans grief » s'appliquera aux vices de forme.

Mais cette maxime ne s'applique qu'aux vices de forme. Les vices de fond, nullités ou déchéances, lui échappent parce que les règles de fond des actes de procédure sont instituées en vue de la bonne administration de la justice et de la protection de la société, par conséquent, dans un but d'ordre public.

La jurisprudence a donné à l'alinéa premier un domaine d'application sensiblement identique sur ces points.

C'est ainsi que l'arrêt de la Cour d'Appel d'Amiens du 8 novembre 1933, cité plus haut au n° 52, a décidé en ces termes que la maxime, « pas de nullité sans grief » ne s'applique pas aux formes édictées dans un but d'ordre public :

« Attendu enfin que la nullité d'un acte signifié par un tiers sans qualité (1) revêt un caractère tout différent de celles dont la loi de 1933 a atténué la rigueur ; que tandis que ces dernières procèdent *uniquement* de l'omission ou de la violation de règles de forme, la première sanctionne la méconnaissance d'une règle d'organisation judiciaire édictée *dans l'intérêt public* et punie, d'autre part, de peines correctionnelles à l'encontre de l'huissier qui l'a enfreinte ; que c'est une raison de plus de décider que les dispositions de la loi de 1933 lui sont demeurées étrangères... »

De même, un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 14 décembre 1936 (D. H. 18 mars 1937) après avoir constaté que la preuve par témoins devant le Tribunal de Commerce doit être administrée en la forme des enquêtes sommaires, c'est-à-dire à l'audience (art. 432 et 407 C. pr. civ.), a déclaré « entachée d'une nullité *d'ordre public* » toute enquête faite en violation de ces règles, qui tiennent à « l'ordre des procédures », et refusé en conséquence de soumettre la dite nullité à l'application de l'article 173 :

« Considérant que l'article 173 C. pr. civ., modifié par le décret du 30 octobre 1935, est inapplicable, l'absence de préjudice pour son adversaire, dont exciperait l'appelante, ne pouvant couvrir une nullité résultant de l'inobservation des deux textes susvisés... » Enfin, d'après un arrêt

(1) Il s'agissait d'un acte d'appel qui n'avait été ni signifié par un huissier, ni par un clerc assermenté, mais par un tiers quelconque sans qualité, par conséquent.

récent de la Chambre Sociale (Cass. 30 novembre 1939, Gaz. Pal. 1940. 1. 45), il ne peut être suppléé au défaut de signature de l'huissier sur un exploit par les autres énonciations de l'acte, notamment par l'immatricule de l'huissier, et la nullité de l'exploit doit être prononcée sans qu'il y ait lieu de rechercher si elle a eu pour effet de nuire aux intérêts de la partie adverse, les dispositions des articles 70 et 173 C. pr. civ. ne pouvant trouver leur application dans le cas où l'exploit est « considéré comme non-venu ».

En effet, la signature de l'huissier dans un exploit ne constitue pas une simple formalité mais l'élément substantiel seul susceptible de donner à l'acte son authenticité, sans laquelle il doit être réputé comme émanant d'un tiers sans qualité pour le dresser. Or, la rédaction et la signification des exploits par les huissiers constitue une règle d'organisation judiciaire édictée dans l'intérêt public qui échappe par conséquent au domaine de l'article 173, alinéa 1^{er}.

Aussi, l'arrêt ajoute-t-il : « il importe peu que cet exploit ait été reçu par son destinataire ».

Pour les Juges aussi, les vices de fond, nullités et déchéances échappent à la règle « pas de nullité sans grief ».

Un Jugement du Tribunal Civil de Valence du 31 décembre 1940 (D. H. 19 juin 1941) a jugé que la nullité d'un commandement, fait à la requête d'un aliéné seul et non à celle de l'administrateur, n'était pas soumise au nouvel article 173 qui interdit d'admettre une nullité s'il n'est pas justifié qu'elle nuit aux intérêts de la partie adverse, « attendu *qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une nullité extrinsèque pour vice de forme de l'exploit mais d'une nullité intrinsèque* qui tient au défaut de qualité ou de capacité chez l'une des parties, qui s'oppose sous le nom de fin de non-valoir et qui entraîne l'obligation pour cette partie de régulariser sa situation quand sa qualité ou sa capacité sont justement contestées ».

Un arrêt de la Cour d'Appel de Dijon du 15 mai 1941 (D. H. 2 octobre 1941) a déclaré que l'article 173, alinéa 1^{er}, est sans application au cas d'inobservation d'un « délai de rigueur » et que la partie qui invoque la nullité n'a pas à justifier d'une atteinte à son droit de défense, « attendu qu'il suffit en effet pour écarter ce moyen, de constater que les dispositions de l'article 173 sont applicables aux seules nullités d'exploits ou d'actes de procédure, alors que, en l'espèce, c'est en raison de l'inobservation d'un délai de rigueur (2) de procédure que la nullité a été encourue ».

(2) (Déchéance de l'opposition de l'art. 580 C. Comm.)

La Jurisprudence applique au contraire l'alinéa 1^{er} de l'article 173 aux nullités de pure forme, tel cet arrêt de la cour d'Appel de Lyon du 10 mai 1939 (Mon. Jud. Lyon 23 janvier 1940) dont les attendus peuvent se résumer ainsi : lorsque la date portée sur la copie d'une assignation en faillite est différente de celle qui figure à l'original, « cette nullité de forme ne peut être admise que si elle a causé un préjudice ».

Un arrêt de rejet de la Chambre des Requêtes du 30 janvier 1939 (D. P. 39. 1. 45) semble avoir voulu restreindre le domaine d'application de l'alinéa 1^{er} de l'article 173 en en excluant les formalités essentielles. Il s'exprime en effet en ces termes : bien que le nouvel article 162 C. pr. civ., tel qu'il résulte du décret du 30 octobre 1935, ne l'édicte pas formellement, l'absence de conclusions motivées entraîne la nullité de l'opposition, cette sanction prévue par les anciens articles 160 à 162 subsistant toujours en toutes matières, mais, « l'article 173 est sans effet à l'encontre d'une formalité essentielle telle que l'indication des moyens dans l'acte d'opposition », dès lors, la partie qui invoque la nullité n'a pas à justifier d'un préjudice.

Par un raisonnement a contrario, nous devrions conclure que l'article 173, alinéa 1^{er}, s'applique aux seules nullités sanctionnant les formalités accessoires. Mais, ce serait trop restreindre le champ d'application de la réforme et c'est surtout faire une distinction absolument arbitraire que n'ont certainement pas voulu les rédacteurs du décret (3).

Comme cet arrêt est isolé, il est permis de penser qu'il ne constitue qu'un cas d'espèce et qu'il s'est appuyé sur la distinction des formalités essentielles et des formalités accessoires par pure opportunité pour motiver sa décision.

Peut-être aussi est-il un reflet de la jurisprudence antérieure au décret, que nous avons signalée dans notre n° 38 et suivant laquelle l'omission des formalités essentielles entraînait de plano la nullité parce qu'elle était toujours présumée « porter atteinte aux intérêts de la défense » (v. notamment les termes précités de l'arrêt de la Chambre Civile du 5 janvier 1881).

Enfin, on peut se demander si l'omission des moyens de l'opposition ne touche pas plus, en définitive, au fond qu'à la forme de l'acte, ce qui la ferait échapper à l'article 173, alinéa 1^{er}.

Quoi qu'il en soit, nous estimons, pour notre part, que l'article 173, alinéa 1^{er}, s'applique indifféremment à toutes les nullités de forme à condition qu'elles soient de pur intérêt privé, que ces nullités sanctionnent des

(3) Voir dans le même sens : « Le décret-loi du 30 octobre 1935 relatif à la procédure civile », par M. Vanlaër, titre 4, des exceptions, chap. 1, in fine, des formalités substantielles.

formalités essentielles ou des formalités accessoires, et sauf naturellement le cas de certaines formalités essentielles qui touchent à l'ordre public (v. n° 63).

En tout cas, il est certain que l'article 173, alinéa 1^{er}, s'applique aux nullités de forme textuelles soit qu'elles résultent du Code de procédure civile, soit qu'elles dérivent de lois de procédure non insérées dans le Code (4), comme aux nullités de forme virtuelles.

b) D'autre part, enfin, les termes très généraux du présent alinéa montrent bien que la maxime « pas de nullité sans grief » s'applique aux nullités de forme de tous les actes de procédure sans exception, et quel que soit le genre de procédure (v. dans ce sens, en matière d'appel d'une sentence prud'homale, le jugement du T. C. de la Seine du 15 décembre 1936, D. H. 18 février 1937).

C'est ainsi que deux jugements de première instance (T. C. Valenciennes 12 mars 1936, Gaz. Pal. 1936. 1. 890 et S. 1936. 2. 160 — T. C. de la Seine, Chambre des saisies immobilières 20 octobre 1938, Gaz. Pal. 4-5 décembre 1938) ont formellement posé le principe que la maxime « pas de nullité sans grief » s'applique aux actes de procédure de la saisie immobilière, et le jugement du Tribunal Civil de la Seine dans les termes généraux suivants : « De la combinaison des articles 173 nouveau C. pr. civ. et 715 du même Code, il résulte que si les nullités prévues par ce dernier texte peuvent être proposées par tous ceux qui y ont intérêt, elles ne sauraient être admises que s'il est justifié qu'elles nuisent à leurs intérêts ; les dispositions de l'article 173 sont générales et s'appliquent à toutes les procédures, y compris les procédures d'exécution. »

La solution de la première espèce (Valenciennes) était la suivante : un créancier poursuivant une saisie immobilière, qui a négligé de faire procéder à la lecture du cahier des charges dans les délais prescrits par l'article 694 C. pr. civ., peut se contenter de poursuivre sa procédure, quitte à s'exposer à une action en nullité de la part des débiteurs, action qui ne serait accueillie, en vertu du nouvel article 173 modifié par le décret du 30 octobre 1935, que sur la justification d'un préjudice éprouvé par les demandeurs en nullité.

Ce jugement, d'ailleurs très discutable, a été très discuté. Il a été approuvé en ces termes par une note au bas du recueil Sirey précité :

« Cette nullité, pour rigoureuse qu'elle soit, n'est guère à redouter

(4) Par conséquent il pourra s'appliquer à la nullité pour défaut d'enregistrement qui échappait, sous l'empire de la loi de 1933, à la maxime « pas de nullité sans grief » (v. *supra* n° 50).

aujourd'hui que le décret du 30 octobre 1935, modifiant par son article 4 l'article 173 C. pr. civ., a introduit dans ce dernier article la disposition suivante... (suit le texte de l'alinéa 1^{er}). Le décret-loi généralise ainsi ce que la loi du 12 janvier 1933 avait fait pour quelques cas restés exceptionnels... Il en résulte que la nullité prévue par l'article 715 C. pr. civ. restera désormais sans application, faute par le saisi de pouvoir faire la preuve que l'omission des formalités de la lecture du cahier des charges, telle qu'elle est admise aujourd'hui par la pratique, lui a causé un préjudice. »

Nous n'approuvons pas du tout cette solution, car, la sanction de l'omission de la lecture du cahier des charges dans les délais de l'article 694 est la déchéance et non une simple nullité. Or, nous l'avons dit, l'article 173 ne s'applique qu'aux seules nullités de forme, à l'exclusion des vices de fond tels que nullités de fond proprement dites et déchéances. Nous retrouverons d'ailleurs confirmation de notre point de vue en étudiant plus loin le sort fait à l'article 1029 par le présent alinéa.

Nous pensons que les auteurs du jugement de Valenciennes et de la note du Sirey ont été trompés par les termes de l'article 715 (art. 717 primitif) qui sont les suivants :

« Les formalités et délais prescrits par les articles 673, 674, 675, 676, 677, 678, 690, 691, 692, 693, 694, 696, 698, 699, 704, 705, 706, 709, §§ 1 et 3 seront observés *à peine de nullité*. »

La formalité de la lecture du cahier des charges dans les délais de l'article 694 est évidemment édictée non à peine de nullité, mais à peine de déchéance, ce qui la fait échapper à l'article 173, alinéa 1^{er}.

Nous approuvons, au contraire, l'arrêtiste de la Gazette du Palais qui conclut, prudemment d'ailleurs :

« On peut soutenir que le nouvel article 173 ne vise que les nullités contenues dans les exploits ou actes de procédure et non pas l'observation des délais dans lesquels ces exploits et actes doivent être signifiés et que par suite la sanction prévue à l'article 715 C. pr. civ. est toujours en vigueur. »

Par contre, la solution de la 2^{me} espèce (T. C. de la Seine) nous semble tout à fait juste puisqu'elle s'applique à une règle de forme stricte qui n'est soumise à aucun délai (5) : l'omission de la mise à prix dans le cahier des

(5) Il n'existe aucune contradiction entre ce jugement et la jurisprudence citée supra, n° 40, à propos de l'ancien article 173. Ce dernier édictait une déchéance absolument contraire à celle des articles 728 et 729 relatifs à la saisie immobilière, tandis que l'alinéa 1^{er} du nouvel article 173 est tout à fait conciliable avec ces deux derniers articles.

charges, quand elle a été réparée par un dire inséré à la suite, n'entraînait pas, même avant le décret du 17 juin 1938 modifiant l'article 715 C. pr. civ. (6), la nullité de la procédure *s'il n'est justifié d'aucun préjudice* résultant de l'irrégularité commise, les adjudicataires éventuels devant être renseignés sur le chiffre de la mise à prix tant par le dire que par la publicité qui en sera faite avant l'adjudication.

2° *Conditions d'exercice de la nullité.* — Ce sont trois conditions sensiblement analogues à celles voulues par la loi du 12 janvier 1933, mais ces trois conditions sont ici plus larges :

A) La première condition, c'est, nous l'avons vu (*supra* n° 51), l'existence d'un vice de forme. Mais, cette condition est ici bien moins stricte que sous l'empire de la loi de 1933 : alors que celle-ci ne soumet à la maxime « pas de nullité sans grief » que les règles de forme expressément édictées par les articles 61, 64, 68, 69 et 456 C. pr. civ. et sanctionnées par l'article 70 (nullités textuelles), l'alinéa 1^{er} de l'article 173 nouveau vise tous les vices de forme de tous les actes de procédure, quelle que soit la nature de la procédure engagée, que les nullités qui sanctionnent ces vices de forme soient textuelles ou virtuelles par application de la théorie des formalités substantielles.

B) La deuxième condition est aussi l'existence d'un préjudice. Et ce préjudice doit être caractérisé par le fait que l'irrégularité commise « nuit aux intérêts de la partie adverse ».

Ce criterium est plus large que celui de l'article 70 (« atteinte aux intérêts de la défense ») parce qu'il englobe non seulement le préjudice subi par le défendeur, comme dans l'article 70, mais encore celui que peut subir le demandeur : il s'applique par la généralité de ses termes à l'une quelconque des parties en présence, car, encore une fois, ce ne sont pas seulement les vices de forme des seuls exploits d'ajournement, d'appel ou de signification qui sont ici envisagés mais, d'une façon générale, ceux qui peuvent affecter tous les actes de procédure, même ceux émanant du défendeur.

Mais, comme dans le cas de l'article 70 (*v. supra* n° 51), la partie adverse de celle qui a effectué l'acte irrégulier, « qui voudra exciper de la nullité, devra rapporter la preuve que la possibilité de se défendre lui a

(6) Ce décret a confirmé la solution de la Jurisprudence en étendant expressément le principe de l'article 173 à la saisie immobilière dans les termes suivants du nouvel article 715 : « ... Les formalités prescrites par les mêmes articles ne seront sanctionnées par la nullité que si l'irrégularité a eu pour effet de causer un préjudice aux intérêts des parties en cause. »

été enlevée pour le tout ou pour partie », car, ne l'oublions pas, le but des formes de la procédure est de permettre à chacune des deux parties de présenter sa libre défense à l'égard de l'autre.

C) Enfin, la lettre même du texte prouve que le préjudice ainsi défini ne suffit pas pour faire prononcer la nullité puisque celle-ci ne peut être admise que « *s'il est justifié* qu'elle nuit aux intérêts de la partie adverse ». L'article 173 exige donc, comme l'article 70, une autre condition : la preuve que la « nuisibilité aux intérêts de la partie adverse » est le résultat direct de l'irrégularité commise.

Sans doute, la formule employée par l'article 173 n'est-elle pas exactement la même que celle de l'article 70 : le vice de forme doit avoir eu « *pour effet* de porter atteinte aux intérêts de la défense ». Mais le fond reste le même pour les deux articles : il faut, troisième et dernière condition, que la partie qui se plaint d'un préjudice fasse la preuve de la relation de cause à effet entre l'irrégularité commise et le préjudice subi.

Donc, tout comme le demandeur en nullité d'après la loi de 1933, celui du décret du 30 octobre 1935 a la charge d'une preuve plus complexe que sous le régime primitif du Code de procédure. C'est ce dernier point qui a attiré sur le système nouveau les critiques^{*} violentes, et bien injustifiées à notre avis, de certains auteurs.

L'éminent M. Glasson ne craint pas de juger ainsi la nouvelle règle : « Elle est de nature à multiplier les incidents contentieux, car sous l'empire de ce régime, et à l'occasion d'un vice de forme quelconque, l'un des plaideurs ne manque pas de soutenir que cette irrégularité lui a nui, tandis que l'autre prétend toujours qu'elle est restée indifférente. »

M. Glasson oublie de marquer ses avantages dont le principal est que le système des nullités est désormais rendu moins rigide qu'auparavant. Un plaideur tortueux et de mauvaise foi ne peut plus tirer parti de la moindre irrégularité de forme pour faire prononcer automatiquement la nullité d'un acte de procédure et retarder ainsi la solution du procès en obligeant l'adversaire à recommencer l'acte (v. à ce sujet l'arrêt précité de la Cour de Chambéry du 19 juillet 1887, supra n° 51, in fine). Le juge dispose en effet d'un criterium très souple qui lui permettra d'effacer le vice originel de l'exploit » ou de le maintenir, suivant que « le vice originel » n'aura porté aucun préjudice au demandeur en nullité ou qu'il aura, au contraire, « nui à ses intérêts ». Si le juge est convaincu que le demandeur en nullité n'a subi aucun préjudice, il repoussera son exception de nullité et ordonnera la continuation de l'instance principale, alors que précédemment les termes trop stricts du Code de procédure primitif le liaient étroitement et l'obli-

geaient à prononcer la nullité, même si sa conviction intime était que l'existence du vice de forme n'aurait pas empêché le demandeur en nullité de présenter librement tous les éléments de sa défense.

Les « incidents contentieux » seront en outre, bien au contraire, arrêtés à leur source, car, nous l'avons déjà dit, les conseils des parties se sont presque toujours montrés moins processifs que celles-ci et ils se refuseront énergiquement à courir à un échec certain, en soulevant un moyen de nullité, désespéré, lorsque leurs clients n'auront manifestement subi aucun préjudice.

En tout cas, le petit nombre des décisions rendues en la matière, depuis la date du présent décret, par les Tribunaux et Cours d'Appel, montre bien que la nouvelle règle n'a pas du tout « multiplié les incidents contentieux ».

Nous n'avons en effet relevé dans les recueils de jurisprudence, de fin octobre 1935 au début de 1943, qu'environ une demi-douzaine de décisions ayant fait application de la maxime « pas de nullité sans grief », telle qu'elle résulte de l'alinéa 1^{er} de l'article 173 nouveau.

Cinq de ces décisions ont refusé de prononcer la nullité, motif pris de ce que l'acte irrégulier n'avait pas porté préjudice au demandeur en nullité (Paris 21 décembre 1935, Gaz. Pal. février 1936 - T. C. Guingamp 31 mars 1936, D. H. 11 juin 1936, p. 326 (7) - T. C. Seine 15 décembre 1936, précité - T. C. Seine 20 octobre 1938, précité - T. C. Aurillac 12 janvier 1943, Gaz. Pal. 19 mars 1943).

Seule, à notre connaissance, la Cour d'Appel de Nancy, par arrêt du 18 juillet 1939 (D. H. 9 novembre 1939, p. 474), a annulé un acte pour atteinte aux droits de défense de l'une des parties, par application de l'article 173, en ces termes :

« Attendu, d'autre part, qu'une expertise doit être annulée pour inobservation des formalités prescrites par les articles 315 et suivants C. pr. civ., notamment pour défaut de convocation de l'une des parties aux opérations, lorsque cette irrégularité porte atteinte aux droits de défense de cette même partie, en ce qu'elle l'aurait privée de la possibilité de contrôler ces opérations en appelant l'attention de l'expert sur des points qui

(7) Motifs de ce jugement : « Attendu au surplus que l'article 4 du décret-loi du 30 octobre 1935 modifiant l'article 173 C. pr. civ., dispose qu'aucune nullité d'exploit ou d'acte de procédure ne peut être admise que s'il est justifié qu'elle nuit aux intérêts de la partie adverse; attendu que la Dlle. Cresson qui a pris part à l'enquête et posé des questions aux témoins, ne peut prétendre qu'une atteinte quelconque ait été portée à la liberté ou aux droits de la défense » ...

seraient de nature à pouvoir faire modifier les constatations par lui faites ou les avis techniques par lui formulés..., que celle-ci est d'autant plus en droit de demander la nullité de cette expertise que l'expert commis avait également pour mission de concilier les parties et que, faute par l'ui d'avoir convoqué devant lui les parties, il n'a pas rempli cette dernière mission ; attendu qu'il convient en conséquence de prononcer la nullité de cette expertise... »

3° *L'article 70 ne se trouve pas abrogé.* — Nous avons pu constater jusqu'ici la légère différence de rédaction existant entre les deux textes fondamentaux qui ont introduit en France le système comminatoire relatif du type « pas de nullité sans grief » : l'alinéa 2 de l'article 70 nouveau (loi du 12 janvier 1933) et l'alinéa 1^{er} de l'article 173 nouveau (décret du 30 octobre 1935). Le premier texte n'admet la nullité que « lorsqu'elle aura pour effet de porter atteinte aux *intérêts de la défense* », et le deuxième que « s'il est justifié qu'elle nuit aux *intérêts de la partie adverse* ».

M. André Breton, professeur à la Faculté de Droit d'Alger, dans la chronique du Dalloz Hebdomadaire du 25 juin 1936 (p. 48) ; et à sa suite M. Vanlaër, avocat à la Cour de Lille, dans son ouvrage : « Le décret-loi du 30 octobre 1935 relatif à la procédure civile » (titre 4 : Des exceptions, p. 256 et suiv.), ont souligné cette différence de rédaction, en se demandant « si le paragraphe ajouté à l'article 70 par la loi du 12 janvier 1933 subsiste avec son caractère propre, en vertu du principe "*generalia specialibus non derogant*" ou si, au contraire, il doit être considéré comme implicitement abrogé par le décret-loi du 30 octobre 1935 ».

M. Breton tranche ainsi la question : « Le nouvel article 173, alinéa 1^{er}, doit avoir une portée pratique : donc, il abroge l'article 70. »

Quant à M. Vanlaër, son opinion est plus nuancée : « Il nous paraît impossible d'admettre que le rédacteur du décret-loi ait eu l'intention de créer un régime différent, en ce qui concerne l'invocation des moyens de nullité, pour les exploits d'ajournement ou d'appel et pour les autres actes de la procédure : à tous nous appliquerons le nouvel article 173 ».

Et d'abord, selon nous, le nouvel article 173, alinéa 1^{er}, a une portée pratique, sans pour cela se substituer à l'article 70, § 2 : il étend en effet à tous les autres actes de procédure le principe de la règle « pas de nullité sans grief » que ce dernier texte avait consacrée pour les seuls exploits d'ajournement, d'appel et de signification. Il nous semble que le seul fait d'avoir considérablement élargi le domaine d'application de cette règle jusqu'à la rendre générale, ainsi que nous l'avons précédemment montré, donne à l'article 173 une portée toute pratique !

De plus, la formule de l'article 70 ne diffère que légèrement de celle de l'article 173 : « porter atteinte aux intérêts de la défense », dit celui-là ; « nuire aux intérêts de la partie adverse », dit celui-ci. Et M. Vanlaër en convient lui-même : « A quoi tendent en effet les règles de la procédure, sinon à garantir à chacun la liberté de sa défense ; et quel autre préjudice peut-on imaginer qu'une atteinte aux droits de la défense ? »

Seulement, lorsque l'on dit : atteinte aux « intérêts de la défense », on pense tout de suite aux intérêts du défendeur. D'où l'emploi de cette expression par l'article 70, en cas de l'irrégularité d'un exploit d'ajournement, par opposition aux intérêts du demandeur de qui émane l'acte vicié.

En dehors des ajournements et actes d'appel, l'acte vicié peut émaner de tout autre que le demandeur, ou peut porter préjudice à tout autre que le défendeur. D'où, emploi par l'article 173 de l'expression plus générale : « nuire aux intérêts de la partie adverse », qui s'applique aussi bien au défendeur qu'au demandeur.

Cette légère différence de rédaction n'est au reste qu'une question de pure forme. Le fond des deux expressions n'en reste pas moins le même : c'est à la partie qui se plaint de l'irrégularité de l'acte de l'adversaire de prouver que celle-ci lui a porté préjudice, et elle apportera cette preuve en démontrant qu'elle s'est trouvée de ce fait dans l'impossibilité de présenter la défense de sa cause.

L'article 70, § 2, aurait été abrogé par la loi nouvelle s'il avait été incompatible avec le texte de l'article 173, al. 1^{er}. Il nous semble avoir été amplement prouvé que, loin de s'opposer, ces deux textes se complètent et qu'en tout cas ils se concilient parfaitement. Notre conclusion est donc que l'article 70 continue à s'appliquer concurremment avec l'article 173.

Telle est également la solution de notre jurisprudence, consacrée par la haute autorité de la Cour Suprême elle-même. Deux arrêts de la Cour de Paris (8 mars 1938, D. H. 26 mai 1938 - 5 décembre 1938, D. H. 9 février 1939, p. 74), un arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 juillet 1938 (Gaz. Pal. 9 décembre 1938) et un jugement du Tribunal Civil de la Seine du 14 octobre 1941 (Gaz. Pal. janvier-février 1942, p. 66 et suivantes) ont en effet continué à appliquer l'article 70, § 2, sous l'empire du décret nouveau du 30 octobre 1935.

Deux arrêts précités de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation, en date du 30 novembre 1939 (8) et du 20 mars 1941 (9), ont même invoqué cumulativement les dispositions des articles 70 et 173 du Code de

(8) Voir supra n° 55, 1^o, a.

(9) Voir supra n° 17.

procédure en y faisaient échapper, l'un un exploit « considéré comme non avenu », l'autre « un acte inexistant ».

4° *Que reste-t-il de l'article 1029 ?* — Nous avons vu, au cours de cette thèse, que l'article 1029 contenait le principe fondamental de tout système obligatoire relatif : « pas de nullité comminatoire », c'est-à-dire pas de nullité édictée à titre de simple menace et dont la prononciation serait abandonnée à l'appréciation du juge.

Or, un système comminatoire relatif, fondé sur la maxime « pas de nullité sans grief », est diamétralement opposé à l'esprit même et au texte de l'article 1029. Il y a entre eux incompatibilité absolue.

Aussi, le législateur de 1933, en plaçant les nullités des ajournements, actes d'appel et significations sous l'empire de la règle « pas de nullité sans grief », avait eu soin de modifier en conséquence l'article 1029. Il avait ajouté au principe qu'il n'y a pas de nullité comminatoire, posé par l'article 1029, la restriction suivante : ... « sauf ce qui est dit aux articles 61, 64, 68, 69, 70, 456 qui précèdent »...

Le législateur du décret du 30 octobre 1935, en écolier bâclant son devoir, a omis d'opérer une modification analogue et n'a pas ajouté au texte de l'article 1029 : « sauf ce qui est dit à l'article 173 », si bien que les textes des articles 173, alinéa 1^{er}, et 1029 sont en opposition totale.

M. Breton dans son étude précitée, en conclut : « Le texte le plus récent abroge le texte le plus ancien : l'article 1029 ne demeure en vigueur qu'en tant qu'il est relatif aux amendes et aux déchéances, dont l'article 173, alinéa 1^{er}, ne s'occupe pas ; pour les nullités un nouveau droit commun est substitué à l'ancien. »

Il est tout à fait exact que l'article 1029 se trouve dorénavant abrogé en ce qui concerne les nullités. Mais, nous avons vu que les nullités des actes de procédure sont de deux sortes : nullités de fond et nullités de forme. Il est donc nécessaire de préciser que le « nouveau droit commun substitué à l'ancien » ne s'applique qu'aux nullités de pure forme (v. le début du présent numéro).

Restent donc sous l'empire de l'article 1029 les nullités de forme qui touchent à l'ordre public et les nullités de fond (v. supra).

Pour celles-ci, comme pour les amendes et déchéances, le droit commun reste celui de l'article 1029, et celui-ci continue à constituer le principe général.

L'article 1029 devrait donc être actuellement ainsi conçu : « Aucune des nullités, sauf celles de pure forme (article 70 et 173 nouveaux), amendes et déchéances n'est comminatoire ».

On mesure pleinement ici la portée toujours actuelle de l'article 1029, et on ne peut que se louer que le législateur n'ait pas purement et simplement abrogé cet article, la Commission de législation du Sénat ayant redouté en 1933 « de préconiser une réforme dont elle n'était pas certaine d'apercevoir toutes les répercussions » (10), répercussions qu'il nous serait facile de prévoir à la lumière de ce que nous venons de dire.

56. — *Les alinéas 2 et 3 de l'article 173*

1) *L'alinéa 2 nouveau* de l'article 173 n'a fait que préciser la règle posée par l'ancien article 173.

L'ancien article 173, ainsi conçu : « Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte, si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence », avait institué, on se le rappelle, une véritable déchéance de la possibilité d'invoquer les nullités de forme. La nullité de forme était couverte si elle n'avait pas été soulevée avant toute autre défense ou exception. Elle pouvait cependant l'être encore après les exceptions d'incompétence d'attribution ou d'incompétence territoriale (v. supra n° 40).

Le fondement de l'article 173 était l'idée de renonciation tacite du plaideur à invoquer la nullité de forme de l'acte de l'adversaire, puisqu'il montrait par son attitude qu'il acceptait de discuter le fond de l'affaire.

Cependant l'article 173 ancien avait omis de mentionner un moyen qui ne couvre pas la nullité de forme : l'exception de « *cautio judicatum solvi* ».

En outre il ne s'appliquait, dans sa lettre qu'aux nullités de l'exploit introductif d'instance : celles-ci peuvent évidemment être soulevées « *in limine litis* », avant toute autre défense ou exception. En revanche, la nullité de tout autre acte de procédure ne peut l'être qu'au cours du procès, et seulement lorsque l'acte irrégulier vient d'être accompli (et, celui-ci peut être accompli après la présentation de toute défense ou exception).

L'alinéa 2 nouveau est venu compléter ou préciser ces deux derniers points, en entérinant purement et simplement les solutions pratiques précédemment dégagées par la jurisprudence (v. supra, n° 40) :

1° Il a substitué à la formule de l'ancien texte : « *Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure* est couverte, si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autres que les exceptions d'incompétence », celle plus complète et plus exacte : « *Toute nullité d'exploit introductif d'instance* est couverte si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autres que les exceptions de caution ou d'incompétence ».

(10) Voir supra n° 50.

2° Il a rajouté in fine la phrase suivante, concernant les actes de procédure faits en cours d'instance : « *Toute nullité des autres actes de procédure est couverte si elle n'est proposée avant toute discussion du fond* ».

En somme, à part la précision qu'il apporte en ce qui concerne l'exception de caution, la seule innovation que contient l'alinéa 2 concerne le moment auquel les nullités d'actes accomplis en cours d'instance pourront être demandées.

Celles-ci devront l'être « avant toute discussion au fond » suivant l'accomplissement de l'acte. Comme l'a écrit Monsieur Francisque Goyet, Conseiller à la Cour d'Appel de Paris, dans une étude parue dans le numéro du 15 mai 1936 des « *Lois nouvelles* » (p. 261 et suivantes) et intitulée : « *Modifications apportées à divers articles du Code de procédure civile par le décret-loi du 30 octobre 1935* » :

« L'expression "discussion du fond", doit être prise dans son sens le plus large ; la jurisprudence antérieure au décret de 1935 admettait que la nullité était couverte par tout acte subséquent qui était la conséquence de l'acte irrégulier. Les rédacteurs du décret ont voulu éliminer les obstacles apportés à la solution d'un litige. Ils n'ont pas entendu limiter les causes de forclusion admises. Il y a discussion au fond dès que la partie agit comme si l'acte de procédure était parfaitement valable. »

En ce qui concerne le moment où les nullités d'exploits introductifs d'instance peuvent être demandées, le principe est resté le même : elles sont couvertes à partir du moment où toute autre exception a été soulevée (sauf l'exception de caution et l'exception d'incompétence qui n'empêchent pas de soulever les nullités de forme).

Notons comme décisions de jurisprudence intéressantes, outre le jugement précité du T. C. de la Seine du 10 novembre 1938 (supra, n° 40) qui avait considéré comme ne constituant pas une défense au fond le fait de se présenter en conciliation, un jugement du T. C. d'Epinal du 7 novembre 1935 (Gaz. Pal. janvier 1936), un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 30 mars 1936 (S. 5°, cahier mens. 1936), un arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation du 24 octobre 1940 (Gaz. Pal. 1940. 2. 204) et un jugement du T. C. de la Seine du 14 octobre 1941 (Gaz. Pal. janvier-février 1942, p. 66).

La solution du jugement d'Epinal est la suivante : Quand un jugement ordonnant enquête a été confirmé par arrêt, il suffit, pour l'exécution de ce jugement, qu'il ait été signifié avec mention de l'arrêt confirmatif, car, exiger en pareille matière une double signification, celle du jugement et celle de l'arrêt, serait étendre l'article 147 C. pr. civ. qui, pris à la lettre, ne

visé qu'une formalité. Si, au surplus, il y avait nullité, elle serait couverte par l'initiative prise par l'avoué du défendeur de demander lui-même l'enquête à la date où elle a effectivement eu lieu, de s'associer à la demande de remplacement du juge commissaire et par le fait qu'il a lui-même fait citer des témoins.

L'arrêt de la Chambre Civile, appliquant l'alinéa 2 du nouvel article 173, a considéré comme couverte la nullité pouvant résulter du fait qu'un acte d'appel n'aurait pas été signifié à personne ou à domicile, lorsque la nullité n'a pas été invoquée par l'intimé avant toute défense au fond. Celui-ci est donc déchu du droit de s'en prévaloir pour la première fois devant la Cour de Cassation.

L'arrêt de la Chambre Sociale a déclaré couverte la nullité de l'expertise résultant de l'omission du serment de l'expert, si les parties acquiescent expressément ou si elles ne la proposent pas avant toute défense au fond.

Quant au jugement le plus récent du T. C. de la Seine, après avoir rappelé qu'aux termes de l'article 173 toute nullité d'exploit introductif d'instance est couverte si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autres que les exceptions de caution ou d'incompétence, il a décidé que le défendeur ne peut plus invoquer la nullité d'une assignation pour fausse indication du domicile du demandeur s'il a déjà conclu à l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité du dit demandeur.

Précisons enfin que, si l'alinéa 1^{er} du nouvel article 173 s'applique à la procédure de saisie immobilière (supra n° 55), l'alinéa 2, continuateur de l'ancien article 173, ne s'y applique toujours pas.

En effet, les nullités de forme contre la procédure qui précède la publication du cahier des charges ont un régime spécial en ce qui concerne le moment auquel elles peuvent être demandées. Or, ce régime est inconciliable avec celui de notre alinéa 2 nouveau : elles peuvent être invoquées en même temps que les nullités de fond, à condition de l'être avant les trois jours qui ont précédé la publication du cahier des charges, à peine de déchéance, alors que, d'après l'article 173, la déchéance du droit d'opposer les nullités de forme résulte de la présentation de moyens du fond (v. supra, n° 39, les deux arrêts de cassation précités).

2) Quant à l'alinéa 3 nouveau, il constitue une addition au texte primitif de l'ancien article 173 : « Tous les moyens de nullité contre un acte doivent être proposés conjointement ».

Etant donné les termes formels de ce texte, on doit admettre que, si un acte est entaché de plusieurs vices de forme, ceux-ci doivent être invoqués simultanément à peine de déchéance de ceux qui ne seraient pas

invoqués en même temps que la première exception de nullité. Ainsi, après avoir soulevé un premier moyen de forme, la partie ne saurait en opposer ensuite un second contre le même acte, même si aucune décision n'était encore intervenue, règle salubre qui lutte efficacement contre l'esprit de chicane et est propre à juguler les moyens dilatoires.

§ 2^o — *L'article 192 :*

57. — Généralités sur l'article 192

Nous abordons ici le texte du décret qui a soulevé le plus de controverses.

Dans son ouvrage précité, M. Vanlaër écrit (chap. II du titre IV) :

« La matière des exceptions et des fins de non-recevoir est certainement l'une des plus embrouillées de la procédure civile et il est peu d'articles qui soient aussi utilisés par les plaideurs désireux de retarder la solution du litige dont ils craignent l'issue.

Ce maquis de la procédure est d'autant plus épais que l'embouteillage de beaucoup de cours et de tribunaux oblige à laisser en suspens l'examen du fond du procès pendant que les incidents soulevés à l'occasion de ces exceptions attendent eux-mêmes de subir le feu des degrés de juridiction successifs. Aussi, les réformateurs se sont-ils attaqués avec une particulière vigueur à ce titre 9^o du Code de 1806 dans l'espoir de débrouiller à coups de serpe et de cognée les chemins qui doivent mener le plaideur à l'obtention d'une justice idéale. »

Les alinéas 2 et 3 du nouvel article 173 ont, nous venons de le voir, précisé et simplifié le régime des nullités de forme. Mais ils ne visent que l'exception de nullité de forme, à l'exclusion des autres exceptions possibles. Or, il existe bien d'autres moyens contre un acte, à commencer par le moyen tiré des nullités de fond.

Et si le Code avait énuméré la plupart de ces moyens sous le titre 9^o : « Des exceptions », et y avait consacré les articles 166 à 192, il n'aurait pas toujours déterminé le moment auquel ces moyens devaient être soulevés, ceux-ci pouvant par ailleurs être soulevés successivement. Aussi, ils l'étaient souvent dans un but purement dilatoire, et la solution d'un litige pouvait s'en trouver gravement différée.

C'est donc à ces inconvénients que le nouvel article 192 a voulu remédier. Dans ce but, il a posé en règle générale, d'une part, que les diverses exceptions doivent être proposées avant toute défense au fond (alinéa 1^{er}), d'autre part, qu'elles doivent l'être simultanément (al. 4) et dans un ordre déterminé (al. 2 et 3).

Mais, les rédacteurs du décret ont assez maladroitement opéré cette réforme à portée générale en modifiant simplement l'ancien article 192, placé sous le paragraphe intitulé « De la communication de pièces », et en le rendant commun à toutes les exceptions !

Avant d'aborder l'étude de l'alinéa 1^{er} de l'article, puis celle des alinéas 2, 3 et 4, rappelons ici quelques notions terminologiques indispensables sur les exceptions, fins de non-recevoir et défenses proprement dites.

On entend par défense proprement dite ou « défense au fond » tout moyen invoqué par l'une des parties pour faire écarter définitivement une prétention judiciaire en discutant le principe du droit sur lequel elle repose.

Par opposition à la défense au fond, « l'exception » au sens large du mot est définie par le Vocabulaire juridique de Capitant, précité (p. 239) : « tout moyen invoqué par une des parties, principalement le défendeur, pour faire écarter une demande judiciaire, sans discuter le principe du droit sur lequel elle repose ».

Au sens étroit, l'exception est définie ibidem : le « moyen de forme temporaire ou définitif, invoqué par l'une des parties pour critiquer la procédure ou en suspendre l'effet sans engager le débat sur le fond » du litige. Exemples : exception de « cautio judicatum solvi », exceptions déclinatoires de compétence, exception de nullité (de forme), exceptions dilatoires, exception de communication de pièces.

A mi-chemin entre la défense au fond et l'exception au sens strict du mot, nous trouvons un autre moyen de procédure : la « fin de non-recevoir ». Capitant y consacre le développement suivant, dans son vocabulaire précité, p. 254 : « Moyen de défense tendant au rejet de l'action sans s'attaquer à la procédure (v. exception) non plus qu'au droit prétendu, mais en contestant à la partie adverse le droit d'agir en raison de certains faits, notamment du défaut de qualité, d'intérêt, de la prescription acquise, de l'expiration du délai de recours, etc... ».

Est souvent employé concurremment avec le mot exception, quoique ce dernier soit plus spécialement réservé aux moyens de procédure qui doivent être opposés avant les conclusions sur le fond, alors que les fins de non-recevoir peuvent être invoquées en tout état de cause ».

Comme l'écrit M. Solus, dans son cours déjà cité (p. 264), « les fins de non-recevoir ressemblent aux défenses au fond au point de vue de leurs effets, car elles entraînent l'échec de la demande ». « Elles ressemblent aux exceptions au point de vue du terrain sur lequel elles placent le débat : le défendeur qui invoque une fin de non-recevoir ne contredit pas directement le droit lui-même qu'invoque le demandeur, il le paralyse par un

moyen qui ne s'attaque pas au fond du droit ». On pourrait ajouter que ce moyen ne s'attaque pas au fond du droit que l'on veut mettre en œuvre, mais au fond de l'acte par lequel on veut exercer ce droit.

58.—*L'alinéa 1^{er} de l'article 192*

L'alinéa 1^{er} de l'article 192 indique le moment auquel peuvent être présentées les exceptions : « Toutes les exceptions, demandes en nullité, fins de non-recevoir et tous les déclinatoires visés aux articles précédents, sauf l'exception d'incompétence ratione materiae et l'exception de communication de pièces, seront déclarés non-recevables s'ils sont présentés après qu'il aura été conclu au fond ».

Les moyens visés par cet alinéa, ce sont les exceptions dont il est question dans les articles 166 à 192 (exception de caution ; exceptions déclinatoires de compétence ; l'exception de nullité de forme ; les exceptions dilatoires : exceptions pour faire inventaire et délibérer des héritier, veuve, femme divorcée ou séparée de biens, exception de garantie ; l'exception de communication de pièces).

Ces exceptions, comme l'écrit M. Francisque Goyet dans son article précité, « doivent être proposées in limine litis, avant toute défense au fond, c'est-à-dire avant que soit présenté tout moyen par lequel la partie adverse entend repousser les prétentions du demandeur. Elles doivent l'être même devant le juge chargé de suivre la procédure si ce magistrat est saisi d'une demande de mesure d'instruction ou d'une exception ; il faut, tout au moins, que la partie intéressée formule des réserves expresses sur son intention de se prévaloir de l'exception ».

En somme l'alinéa 1^{er} de l'article 192 reprend, à l'usage de toutes les exceptions au sens large du mot, le régime particulier des nullités de forme institué par l'alinéa 2 de l'article 173 nouveau.

Et M. Francisque Goyet estime que ce principe concerne l'exception de caution, le déclinatoire de compétence territoriale, le renvoi pour litispendance ou connexité, la demande en nullité d'un exploit ou d'un acte de procédure, l'exception dilatoire pour faire inventaire et délibérer et celle pour mettre en cause le garant.

Celles-ci sont donc couvertes par une défense au fond, et la partie est déchue du droit de les présenter à partir du moment où elle a conclu au fond.

Seules, l'exception d'incompétence d'attribution, ou ratione materiae, et l'exception de communication de pièces ne sont pas couvertes par les

défenses au fond. Elles pourront donc être opposées même après que l'intéressé aura conclu au fond.

Nous verrons, en effet, tout à l'heure que l'incompétence d'attribution est en principe absolue, sauf le cas du Tribunal Civil saisi à la place du Tribunal de Commerce, et peut être soulevée par les parties, et même d'office par les juges, en tout état de cause (art. 170 bis nouveau). Quant à l'exception de communication de pièces, ce n'est pas un moyen essentiellement dilatoire : chacune des parties peut avoir besoin de cette communication à tout moment de la procédure, pour préparer sa discussion du fond de l'affaire, sans qu'il faille voir en elle un essai systématique de retarder la solution du litige.

L'article 192, alinéa 1^{er}, mentionne enfin comme devant être présentées avant les conclusions au fond : les fins de non-recevoir ! Voilà bien une innovation qui bouleverse toutes les notions de procédure acquises jusqu'alors !

L'alinéa 1^{er} consacre certes l'existence de ces moyens de défense autres que les défenses au fond et les exceptions, moyens de défense intermédiaires entre les deux premiers, dégagés, nous l'avons vu plus haut au n° 42, par l'action combinée de la Doctrine et de la Jurisprudence.

Mais, si le décret consacre l'existence législative des fins de non-recevoir, il ne semble pas consacrer le régime construit pour celles-ci par les auteurs et les arrêts : au lieu d'assimiler comme précédemment le régime des fins de non-recevoir à celui des défenses au fond en les rendant opposables par tout intéressé en tout état de cause, donc même après conclusions au fond et même pour la première fois en appel, le décret leur applique le régime des exceptions au sens strict du mot en exigeant qu'elles soient opposées, *in limine litis* avant les défenses au fond.

Cette solution a soulevé de vives protestations dans la Doctrine.

L'éminent professeur, M. Hébraud, la juge en ces termes peu tendres (11) :

« L'article 192 assimile les fins de non-recevoir aux exceptions. Il renverse donc la règle qui avait été dégagée par la Jurisprudence et oblige à les invoquer en même temps que celles-ci. Cela ne peut s'expliquer que comme une conséquence extrême du désir d'éviter qu'un plaideur ne soulevé tardivement un moyen qui ne rentre pas absolument dans le champ du débat au fond. Mais il en résulte une déchéance très grave pour le défendeur qui, au moment de la discussion sur le fond, sera privé d'un moyen de défense peut-être essentiel. Les fins de non-recevoir touchent générale-

(11) Voir dans la « Revue Critique de Législation et de Jurisprudence » son intéressante étude intitulée « La Réforme de la procédure, le décret-loi du 30 octobre 1935 » (p. 65 à 73).

ment de très près au fond de l'affaire et c'est pourquoi la Jurisprudence les avait assimilées aux défenses au fond.

Nous croyons même que la Jurisprudence se trouvera dans certains cas devant une véritable impossibilité morale d'appliquer la règle de l'article 192 et de rejeter le moyen tardivement invoqué par le défendeur. Admettrait-on par exemple que celui-ci ne puisse plus, une fois la discussion au fond engagée, invoquer les défenses tirées de l'autorité de la chose jugée ou même de la prescription que l'on qualifie quelquefois de fins de non-recevoir ? Pour éviter des résultats aussi excessifs, il faudra utiliser l'imprécision du terme fins de non-recevoir. Certaines pouvant être traitées comme des exceptions ; les principales d'entre elles, touchant de près au fond du litige, seront qualifiées de défenses au fond (cf. Morel, *Traité Élémentaire*, n° 52, p. 73). Il faudra donc tout un travail très délicat de Jurisprudence pour corriger les effets de la malencontreuse disposition de l'article 192. »

Et l'opinion du fin procédurier qu'est M. Morel rejoint celle de M. Hébraud (v. supplément à la 3^{me} édition de Glasson, t. 5, n° 232, p. 486) :

« Est-il besoin de faire remarquer combien la terminologie du texte est critiquable ? Il énumère les exceptions, demandes de nullité, fins de non-recevoir et les déclinatoires. Or, les demandes de nullité, en tant qu'elles s'appliquent aux actes de procédure, et les déclinatoires sont des exceptions. Quoi qu'il en soit, le texte n'a pas pris soin de définir les fins de non-recevoir. Or, la déclinaison des fins de non-recevoir avec les défenses et les exceptions est loin d'être précise. Il n'en est pas moins certain que la nouvelle disposition rompt avec les principes jusqu'alors admis pour les fins de non-recevoir. D'après la Jurisprudence, les fins de non-recevoir, à la différence des exceptions, pouvaient être présentées en première instance et en appel et même pour la première fois devant la Cour de Cassation dans le cas où elles touchent à l'ordre public. Or, sans faire aucune distinction, l'article 192 nouveau déclare que les fins de non-recevoir sont non-recevables si elles sont présentées après les conclusions au fond. Tel est le cas du moyen de non-recevabilité tiré du défaut d'intérêt ou de qualité, de la fin de non-recevoir fondée sur l'expiration du délai dans lequel un acte devait être fait (art. 443 C. pr. civ., 105, 435, 518, 581 C. Com.) ou encore de celle tirée de la non-observation d'une prescription légale (art. 27, 497). En particulier, il résulte de la disposition nouvelle que, désormais, la fin de non-recevoir tirée de l'expiration du délai d'appel doit être opposée *in limine litis*, bien qu'elle ait toujours été considérée jusqu'ici comme étant d'ordre public.

Peut-être, la Jurisprudence sera-t-elle amenée finalement à reviser la conception de la fin de non-recevoir et à accentuer la distinction qu'elle tendait à faire entre les fins de non-recevoir liées au fond qu'elle traitait plutôt comme des défenses et celles tirées de l'expiration d'un délai. »

Quant à M. Francisque Goyet (article précité, p. 267) et à M. Vanlaër (loc. cit.), ils estiment que le bouleversement signalé par MM. Hébraud et Morel dans le régime des fins de non-recevoir, et que ceux-ci croient trouver dans le nouvel article 192, n'existe pas, car, cet article ne parle en son alinéa 1^{er} que « des exceptions, demandes en nullité, fins de non-recevoir et déclinatoires *visés aux articles précédents* ». Or, les articles 166 à 192, ainsi que nous venons de le voir, *ne visent aucune fin de non-recevoir*.

Et M. Vanlaër précise : « Il nous paraît en effet impossible d'interpréter le dernier alinéa de l'article 192 (12) dans un sens différent de celui que présente l'énumération contenue dans le premier alinéa ; et nous pensons que, dans celui-ci, le participe « visés », orthographié au masculin à raison du genre du mot déclinatoires après lequel il est placé, se rapporte en réalité à tous les substantifs qui commencent cet alinéa » (y compris donc aux fins de non-recevoir, auxquelles les articles précédents ne font pourtant pas la plus petite allusion).

La Jurisprudence est entièrement dans le sens de cette dernière interprétation : Riom 21 février 1939 (Gaz. Pal. 1939. 1. Table, v^o Filiation n^o 15 — Gaz. Trib. 25 mars 1939), et Chambre Civile 17 décembre 1941 (Gaz. Pal. janvier-février 1942, p. 73 — et Dalloz, Recueil critique, 9^e cahier, p. 113 et 114 avec la note très intéressante de M. Jean Carbonnier, professeur à la Faculté de Droit de Poitiers).

Reprenant ce point de vue, la Cour de Cassation a cassé un arrêt de la Cour de Lyon du 14 février 1939 (Gaz. Pal. loc. et verb. cit. n^o 14 — Mon. Jud. Lyon 23 mai 1939) en motivant ainsi son arrêt sus-énoncé :

« Attendu qu'aux termes de l'article 192 C. pr. civ. les dispositions qu'il édicte concernant l'ordre dans lequel doivent être présentés les exceptions, demandes en nullité, fins de non-recevoir et déclinatoires ne sont *strictement applicables qu'à ceux visés aux articles précédents*. »

Cet arrêt a une grande importance, car, c'est la première fois que la Cour Suprême était appelée à se prononcer sur cette question et à orienter ainsi la jurisprudence des juridictions inférieures.

La solution d'espèce qu'il a donnée est la suivante : la fin de non-recevoir opposée par le défendeur à une action en déclaration de paternité naturelle,

(12) Le dernier alinéa reprend la même énumération des moyens de défense que le premier, mais sans la faire suivre des mots : « visés aux articles précédents ».

et fondée sur l'inconduite notoire de la mère de l'enfant, est tirée de l'article 340 du Code Civil et constitue à ce titre un moyen de défense auquel n'est pas applicable l'article 192 C. pr. civ. qui ne vise que les articles précédents (166 à 191 inclus). En conséquence, le défendeur peut proposer cette fin de non-recevoir *en tout état de cause*.

Nous retrouverons cette question du régime des fins de non-recevoir dans notre chapitre suivant. Enfin, comme pour l'article 173, certains se sont demandé devant les termes généraux de l'article 192 si ses prescriptions s'appliquent aux moyens d'ordre public comme à ceux d'ordre privé.

« La raison de douter, écrit M. Morel (loc. cit. t. 5, n° 232, p. 487), se trouve dans la nouvelle rédaction de l'article 192... Le texte ne fait une réserve que pour l'exception d'incompétence *ratione materiae* et pour l'exception de communication de pièces. »

Mais, M. Hébraud, lui, ne doute pas un seul instant, qui écrit (loc. cit., p. 70, n° 24, note 1) :

« Nous ne croyons pas, cependant, que le silence du texte permette d'écarter ici les effets de l'ordre public, ce qui serait tout à fait injustifié et contraire à la nature même de l'ordre public. Comment pourrait-on dire d'un moyen qui peut être soulevé d'office par le Juge qu'il constitue un moyen dilatoire aux mains d'un plaideur ? D'ailleurs, il ne s'agit pas ici, par définition même de l'intérêt des parties mais d'intérêts supérieurs et dont le respect s'impose à tous ; on ne peut pas admettre que l'abstention, peut-être intentionnelle, d'un plaideur consacre une atteinte définitive à ces intérêts (13) ; il faut réserver toutes les possibilités de mettre en mouvement la sanction qui s'y attache. »

Nous concluons donc avec M. Hébraud que les moyens d'ordre public échappent à l'article 192 et peuvent être opposés en tout état de cause.

59. — Les alinéas 2, 3 et 4 de l'article 192

Les alinéas 2, 3 et 4 indiquent l'ordre de présentation des différentes exceptions qui est le suivant :

- 1° l'exception de *cautio judicatum solvi* (al. 2),
- 2° l'exception d'incompétence relative (al. 3),
- 3° toutes les autres exceptions et notamment les exceptions de litispendance (14) et de connexité, mais à condition qu'elles soient proposées « simultanément » (al. 4).

(13) Cf. le développement de M. Chevallier sur l'ordre public, *supra* n° 50.

(14) Poitiers, 24 juillet 1936 (D. H. 22 octobre 1936).

Cette dernière règle ne paraît sanctionnée que partiellement : « aucun acte ne sera plus reçu après un jugement statuant sur l'un d'eux » (exceptions ou déclinatoires). Seul donc, en l'absence de conclusions au fond, un jugement sur une exception couvrira les autres exceptions qui n'auront pas été présentées en même temps. Mais, comme le fait remarquer M. Vanlaër : « le texte ne nous dit pas s'il s'agit du prononcé du jugement ou s'il faut un jugement ayant acquis l'autorité de la chose jugée ».

C'est dans l'alinéa 4 que les partisans des rédacteurs du décret-loi ont cru trouver un argument en faveur du maintien des fins de non-recevoir sous l'empire de l'article 192. Après l'énumération des moyens tels que : « toutes les exceptions, demandes de nullité, fins de non-recevoir et tous les autres déclinatoires », l'alinéa 4 n'ajoute pas : « visés aux articles précédents ». Ce serait la preuve que l'article 192 a une portée toute générale, qu'il ne s'applique pas seulement aux exceptions « visées aux articles précédents » mais à tous les moyens de défense autres que les défenses au fond, exception d'incompétence d'attribution, exception de communication de pièces. Il s'appliquerait donc aussi aux fins de non-recevoir. Nous renvoyons à la réfutation de M. Vanlaër (citée au n° précédent) pour repousser l'application de l'article 192 aux fins de non-recevoir, et à notre chapitre 2 où nous essaierons de marquer les monstruosité juridiques et procédurales auxquelles aboutirait un tel système.

Remarquons à ce sujet que le projet primitif du Code de procédure portait un article 185 ainsi conçu : « Le défenseur qui soutiendra le demandeur non-recevable en sa demande sera tenu de proposer cette exception préalablement à toute défense au fond » (Locré, t. 21, p. 215). Cet article était inséré dans un paragraphe cinquième intitulé : « Des fins de non-recevoir ».

Mais, cette rédaction inquiéta à juste titre la section du Tribunal qui la supprima purement et simplement, ainsi que la rubrique.

Malgré l'absence de travaux préparatoires, permettant d'affirmer la pensée exacte du législateur, il est permis de supposer que la rédaction des alinéas 1 et 4 de notre nouvel article 192 a été largement inspirée par l'article 274 du Code allemand de procédure (v. supra n° 44).

On y retrouve l'obligation de simultanéité dans la présentation des exceptions (alinéa 4) et l'irrecevabilité de celles-ci dès qu'il a été conclu au fond (alinéa 1^{er}).

« Mais tandis que l'article 192 ne déclare le plaideur forclos des exceptions qu'il doit proposer simultanément, que lorsqu'un jugement a statué sur l'une d'elles », M. Vanlaër (ouvrage déjà cité) fait remarquer qu'en

droit allemand « cette forclusion se produit dès que le débat oral a été entamé, c'est-à-dire lorsque les conclusions ont été lues à l'audience ; peu importe qu'il ait été ou non statué à leur sujet ; même si un jugement ne s'ensuivait pas, notamment parce que le Tribunal aurait ordonné la réouverture des débats, la forclusion se produirait et interdirait au défendeur d'invoquer une nouvelle exception ».

L'autre différence entre les deux législations porte principalement sur la nature des exceptions qui, en droit allemand, tendent à empêcher le procès, et parmi lesquelles ne figurent, nous l'avons vu, ni l'exception de communication de pièces (art. 131 et suivant du Code allemand) ni l'exception de nullité (art. 295 du dit Code).

§ 3. — *L'article 170 bis*

60. — Création de deux catégories d'incompétence absolue

On sait que l'incompétence d'attribution que l'on appelle aussi pour cette raison : « absolue » est fondée sur des motifs particulièrement graves d'ordre public. La Jurisprudence, en accord avec les auteurs, avait donc décidé jusqu'ici qu'elle pouvait être opposée en tout état de cause, et même pour la première fois devant la Cour de Cassation, sauf le cas du Tribunal Civil saisi à la place du Tribunal de Commerce (le Tribunal Civil étant le Tribunal de droit commun dans l'ordre judiciaire et l'ordre public n'étant donc pas intéressé à ce que le litige soit renvoyé devant le Tribunal de Commerce).

Les rédacteurs du décret, hantés par la crainte de manœuvres dilatoires possibles, ont bouleversé aussi cette dernière notion. Ils ont créé un article 170 bis qui réduit seulement à deux les cas d'incompétence absolue pouvant faire l'objet d'un moyen invoqué pour la première fois en cassation : 1° « lorsque la loi attribue compétence à une juridiction répressive ou administrative ».

2° « Dans les causes de séparation de corps ou de biens, divorces, questions d'état et généralement dans les instances où l'ordre public est intéressé ».

Comme le fait remarquer M. Vanlaër (loc. cit.), il y aura donc désormais deux catégories de déclinatoire de compétence absolue : « une incompétence de première zone présentant un caractère d'ordre public particulièrement vivace qui force l'accès de la Cour Suprême ; et une catégorie de deuxième zone : pour celles-ci, le juge du fait reste tenu de les soulever d'office, mais son obligation est dépourvue de toute sanction », puisque,

lorsqu'il ne les a pas soulevées d'office, elles ne peuvent plus être soulevées pour la première fois en Cassation.

Cette solution semble trop restrictive et présente l'inconvénient de supprimer pour « la catégorie de deuxième zone » la garantie de bonne justice que constitue le contrôle de la Cour de Cassation. Les auteurs ont cherché à pallier à cet inconvénient en donnant de l'expression « et généralement dans les instances où l'ordre public est intéressé » une interprétation très large.

Notamment, M. Frédéric Lemaître, dans le *Journal des Notaires et des Avocats* du 20 janvier 1936 (n° 22, p. 73), se demande s'il n'y a pas lieu de considérer comme étant d'ordre public « toutes les causes qui, d'après l'article 83 C. pr. civ., doivent être communiquées au ministère public ».

La Jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur ce point, à notre connaissance.

Devant tant de bouleversements, M. Hébraud (*loc. cit.*, n° 20) a porté cette conclusion sévère mais non dénuée de justesse sur les résultats pratiques du décret-loi :

« Le Code pouvait déjà être considéré comme trop formaliste. Le décret-loi l'est plus encore. Lorsque l'instance est suffisamment avancée et le débat au fond engagé, si le défendeur soulève un moyen de défense accessoire, le décret-loi y voit a priori un moyen dilatoire ; il cherche à rendre impossible cette manœuvre. De là, les dispositions rigoureuses qui donnent à la théorie des exceptions une rigidité à notre sens excessive. » (15)

(15) Voir notamment en ce sens, *supra*, les fins de non-recevoir.

CHAPITRE II

Le système français actuel

Nous allons, dans ce chapitre, dégager les grandes lignes du système des nullités actuellement appliqué en France (depuis le décret du 30 octobre 1935), tel qu'il résulte de l'interprétation de la Doctrine et de la Jurisprudence.

61. — Les deux catégories fondamentales de nullités

On distingue en procédure, nous l'avons vu, deux catégories fondamentales de nullités : les nullités de forme et les nullités de fond. Cette distinction ne résulte expressément d'aucun texte, mais elle se déduit aisément du caractère d'acte juridique de l'acte de procédure (v. notre introduction). L'acte de procédure étant un acte juridique est soumis en tant que tel à des conditions de fond et de forme et la sanction de ces conditions est la nullité de l'acte, cette nullité étant une nullité de fond ou une nullité de forme suivant la condition qu'elle sanctionne. Depuis le décret du 30 octobre 1935, on peut cependant trouver, en faveur de cette distinction, un argument implicite dans le rapprochement des articles 173 et 1029 C. pr. civ. L'article 1029 pose le principe général qu'il n'y a « pas de nullités comminatoires ». L'article 173 soustrait au principe général les nullités de forme. Outre les déchéances, ce ne peut donc être que les nullités de fond auxquelles s'applique l'article 1029, bien que celles-ci, contrairement aux termes de l'article 1029 et à l'article 1030, ne soient nulle part « prononcées dans le présent Code ». D'ailleurs, nous avons vu que la Jurisprudence considère les déchéances comme sanctionnant des vices de fond. Il serait donc bizarre que l'article 1029 s'appliquât à une catégorie donnée de vices de fond (celle sanctionnée par les déchéances) sans s'appliquer à l'autre catégorie de vices de fond (celle sanctionnée par les nullités de fond proprement dites).

62.- Les nullités de forme

Les nullités de forme proprement dites sont celles qui sanctionnent les manifestations extérieures des actes de procédure.

Elles sont régies par l'article 173 C. pr. civ. nouveau :

1° Elles sont comminatoires, par dérogation à l'article 1029, en ce sens qu'elles ne doivent être prononcées par le Juge que si le vice de forme qu'elles sanctionnent a « nui aux intérêts de la partie adverse ». Le décret du 17 juin 1938 a d'ailleurs étendu expressément la maxime « pas de nullité sans grief » à la saisie immobilière (art. 715 nouveau).

2° Elles sont couvertes par « toute défense ou exception autres que les exceptions de caution ou d'incompétence », et, d'une façon générale, par des conclusions au fond.

De ces caractères définis par l'article 173, la Jurisprudence et la Doctrine sont unanimes à déduire que les nullités de forme sont édictées en principe dans un but d'intérêt privé et qu'elles sont par conséquent *relatives* (1) (Req. 20 août 1940, Gaz. Pal. 1940. 2. 98 : en ce qui concerne le choix des experts, « les art. 303 et 305 C. pr. civ. édictent une nullité relative qui peut être couverte »).

Nous allons retrouver dans les numéros suivants le caractère relatif des nullités de forme. Ajoutons que les nullités substantielles sont admises sans texte, par dérogation à l'article 1030, tandis que les nullités accessoires ne peuvent être prononcées que si elles sont consacrées par une loi (supra n° 15).

63.- Les nullités de fond

Nous avons consacré un assez long développement aux conditions de fond des actes de procédure, dans le titre préliminaire (supra n° 8) : droit, intérêt, capacité, qualité. Les nullités d'un acte pour défaut de droit, d'intérêt, de capacité et de qualité constituent les nullités de fond proprement dites.

Mais puisque le « fond » d'un acte est « ce qui a trait à l'essence et à la nature intrinsèque » de l'acte (supra, *ibidem*), il peut exister d'autres conditions de fond et, par conséquent, d'autres nullités de fond des actes de procédure.

En effet, un acte de procédure ne doit pas seulement être effectué au nom d'une partie idoine, c'est-à-dire d'une partie réunissant les conditions de recevabilité de l'action. Pour qu'il soit valable dans son essence

(1) Voir supra n° 16, les caractéristiques des nullités relatives.

même, il doit en outre être porté devant le Tribunal ayant la compétence d'attribution (sauf le cas du Tribunal Civil saisi d'une affaire commerciale), c'est-à-dire devant le Tribunal à qui la loi a donné le pouvoir de connaître du litige à raison de la nature de l'acte. Une autre condition de fond de l'acte de procédure est donc de devoir être fait devant le Juge compétent à raison de la « matière ». C'est d'ailleurs ce qu'exprime assez bien le nouveau Code de procédure italien (v. infra n° 70) dans son article 99, sous le titre « De l'exercice de l'action » : « Celui qui veut faire valoir un droit en justice doit introduire la demande devant le juge compétent ». Autant dire que la compétence du tribunal est une des conditions de fond de l'action et, par conséquent, de l'acte de procédure.

Il faut enfin, qu'il soit fait, pour la partie idoine, par un auxiliaire de justice y habilité : l'exploit doit être signifié par un huissier compétent à raison de son ressort ; les actes de procédure devant les justices de paix sont du monopole des avocats et des avoués (loi n° 2524 du 26 juin 1941) (2) ; devant les tribunaux civils de première instance, du monopole exclusif des avoués de leur ressort, etc...

Il existe, d'autre part, des formes tellement substantielles qu'on les assimile aux conditions de fond parce que, sans elles, l'acte perdrait toute sa valeur, toute son essence : telle est, par exemple, la signature de l'huissier au bas de l'exploit. Ainsi un arrêt de la Chambre Sociale du 30 novembre 1939 (G. P. 40. 1. 45) a déclaré que « la signature de l'huissier dans un exploit constitue non une simple formalité, mais l'élément essentiel seul susceptible de donner à l'acte son authenticité », sans lequel celui-ci doit être considéré comme non-avenue. Il en est de même de la forme de l'appel des décisions, des juges de Paix en matière de retraites ouvrières et paysannes. L'article 197 du décret du 25 mars 1911 indiquant qu'un tel appel est « formé par simple déclaration au Greffe de la Justice de Paix », un arrêt de la Cour de Cassation du 6 août 1912 (S. 12. 1. 457) a jugé « que la manifestation de la volonté d'appeler doit être reçue par le Greffier qui seul a qualité pour en dresser acte et certifier la date où elle s'est produite, que c'est là une *condition substantielle* qui ne peut être suppléée par aucun équivalent à moins que l'appelant n'ait été empêché par un cas de force majeure ».

Les nullités qui en résultent sont donc, à juste titre, assimilées aux nullités de fond.

(2) Voir à ce sujet la très intéressante étude de M. le professeur Solus dans le numéro des « Lois Nouvelles » des 5—15 novembre 1941, intitulée : « La représentation des parties devant les Juges de Paix ».

Que la règle à sanctionner pose les bases générales de l'instruction des procès (3) (nullité pour défaut de droit, d'intérêt, de capacité, de qualité), qu'elle soit une règle de compétence (nullité pour incompétence d'attribution) ou d'organisation judiciaire (nullités en raison de l'incompétence de l'huissier, nullités d'actes de procédure accomplis par des tiers autres que les auxiliaires de justice régulièrement habilités), qu'elle édicte une condition de forme tellement substantielle qu'elle touche au fond même de l'acte (défaut de signature de l'huissier), la règle, dans tous ces cas (nullités de fond proprement dites ou assimilées), a pour but l'intérêt général, mieux : la bonne administration de la Justice. Aussi, Jurisprudence et Doctrine sont unanimes à exclure les nullités de fond et assimilées du domaine d'application de l'article 173 (4) :

1° Ces nullités ne sont donc pas soumises à l'existence d'un préjudice. Elles ne sont donc pas comminatoires (art. 1029) et elles devront être prononcées automatiquement par le juge dès qu'il les aura constatées, sans qu'il puisse apprécier l'opportunité de la sanction.

2° Elles ne seront pas non plus couvertes par les conclusions au fond.

Cette solution est rationnelle, puisque presque toutes les règles sans exception qui sont sanctionnées par des nullités de fond reposent sur un fondement d'ordre public, la bonne administration de la justice.

La Jurisprudence a donc l'habitude de considérer les nullités de fond et les nullités assimilées comme présentant les caractéristiques des nullités *absolues* (5), sauf naturellement le régime un peu spécial de la nullité pour incapacité qui tient à la fois, nous allons le voir, de la nullité relative et de la nullité absolue. Enfin, toutes les nullités de fond sont virtuelles, malgré les termes de l'article 1030, parce que le Code a omis d'en parler.

64. — *Qui peut les soulever ?*

Nullités de forme : Seul l'adversaire de celui qui a commis la nullité pourra la faire prononcer, à condition naturellement qu'il prouve, nous l'avons vu, que le vice de forme lui a porté préjudice (art. 173 al. 1^{er}).

Donc, l'intéressé directement lésé pourra seul soulever la nullité de forme en cas d'instance contradictoire.

(3) Voir supra n° 16.

(4) Voir Paris 14 décembre 1936 (G. P. 37. I. 415) en ce qui concerne les règles d'ordre public, et Paris 13 janvier 1936 (Sem. Jur. 36—406) pour les règles de fond.

(5) Voir notamment : Trib. Civ. Nantes 2 juin 1942, Gaz. Pal. 6 octobre 1942.

Par contre, en cas d'instance par défaut, l'article 173 ne peut plus s'appliquer et le Tribunal peut d'office prononcer la nullité de l'exploit introductif d'instance pour vice de forme (v. supra n° 40).

Enfin, les nullités de forme qui touchent à l'ordre public (nullités substantielles assimilées au fond, venons-nous de dire) échappent à l'article 173 et présentent le caractère de nullités absolues pouvant être invoquées par tout intéressé sans exception (6).

Nullités de fond et nullités assimilées : ces nullités, étant absolues, échappant par conséquent à l'article 173, peuvent être invoquées par tout intéressé sans exception, c'est-à-dire par l'une ou l'autre des deux parties en cause et aussi par un tiers intervenant dans le litige, enfin par le Ministère Public, lequel est toujours partie dans tous les procès.

Ces nullités peuvent et même doivent être suppléées d'office par le Juge, en cas de silence des parties en cause (la règle est même expressément énoncée dans l'article 170 en ce qui concerne l'incompétence absolue).

Seule, la nullité de fond pour incapacité a un régime spécial, à mi-chemin entre la nullité absolue et la nullité relative. En effet, cette nullité a été édictée dans un but d'intérêt privé, la protection de l'incapable. Elle ne peut donc en principe être invoquée que par la partie dont elle avait pour but d'assurer la protection : l'incapable ou son représentant, le mineur ou le tuteur, par exemple, peuvent donc seuls s'en prévaloir (7). Toutefois, et c'est là où l'on peut toucher le caractère d'ordre public de l'institution de l'incapacité, « on autorise l'adversaire même du mineur », comme l'écrit M. Japiot (ouvrage déjà cité, p. 38), « dans une certaine mesure, au moins quand la procédure n'est pas trop avancée, à opposer l'incapacité du mineur parce qu'on estime que cet adversaire ne doit pas être contraint de s'engager dans une procédure irrégulière ». Ainsi, si l'adversaire de l'incapable ne peut pas demander directement la nullité de l'acte accompli par celui-ci sans son représentant légal, il peut cependant s'opposer à ce que la procédure soit continuée jusqu'à ce que l'acte vicié ait été régularisé.

(6) Voir l'arrêt précité (Ch. Soc. 30 novembre 1939, G.P. 40.1.15) qui a décidé qu'en cas de défaut de signature de l'huissier « la nullité de l'exploit doit être prononcée sans qu'il y ait lieu de rechercher si elle a eu pour effet de nuire aux intérêts de la partie adverse, les dispositions des articles 70 et 173 C. pr. civ. ne pouvant trouver leur application dans le cas où l'exploit est considéré comme non avenu ». — Voir cependant contra : Civ. 31 janvier 1912 (S. 1913. 1. 74) attribuant le caractère de nullité d'intérêt privé au défaut de signature de l'huissier.

(7) Cass. 7 janvier 1913, S. 13. 1. 200.

Nullités de forme : Elles doivent être soulevées *in limine litis*, avant toute défense ou exception autre que les exceptions de caution ou d'incompétence relative (art. 173, al. 2), s'il s'agit des nullités de forme de l'acte introductif d'instance.

S'il s'agit des autres actes de procédure, effectués en cours d'instance, les nullités de forme doivent être soulevées *avant toute discussion au fond du litige* (art. 173, al. 2).

Les nullités de forme de l'exploit introductif d'instance sont couvertes par la présentation des autres exceptions (sauf celle de caution ou d'incompétence relative).

Les nullités de forme des autres actes de procédure sont couvertes par la discussion au fond et, d'une manière générale, par tout acte ultérieur de l'adversaire qui manifeste clairement l'intention de celui-ci de considérer le précédent acte vicié comme valable.

Enfin, quelle que soit la nature de l'acte, acte introductif d'instance ou acte de procédure ultérieur, les nullités de forme d'un même acte doivent être soulevées simultanément (art. 173, al. 3). Lorsqu'une seule des nullités de forme a été proposée séparément, les autres nullités de forme du même acte sont couvertes par la présentation antérieure de la première nullité.

Le fait que les nullités de pure forme puissent être ainsi couvertes par la volonté présumée des parties montre bien que celles-ci présentent le caractère des nullités relatives (8), sauf naturellement le cas des nullités de forme qui touchent à l'ordre public, lesquelles sont assimilées aux nullités de fond.

Quant aux nullités de forme de la procédure de saisie-immobilière, elles ont un régime spécial puisqu'elles peuvent être proposées conjointement avec les nullités de fond, à condition qu'elles le soient cinq jours au plus tard avant l'audience éventuelle instituée par le nouvel article 727 (décret 17 juin 1938).

(8) Ainsi, un arrêt de la Cour d'Appel de Rouen 18 novembre 1897 (Gaz. Trib. 2^o p. 98. 1. 273) a décidé que « nul en France ne plaide par procureur » n'étant pas d'ordre public, celui qui serait en droit de l'invoquer peut y renoncer expressément ou tacitement si cette renonciation résulte des circonstances. La Cour de Cassation avait même été plus loin en admettant, pour la même raison, qu'une partie peut renoncer à s'en prévaloir par convention (Cass. 29 novembre 1879, Dalloz de 1880). On se rappelle (supra, n^o 7 in fine) que nous considérons la règle « nul ne plaide par procureur » comme une règle de forme.

Nullités de fond et assimilées : La Jurisprudence et la quasi-unanimité de la Doctrine, leur reconnaissant le caractère des nullités absolues, font donc échapper celles-ci à l'application de l'article 173.

Les nullités de fond de l'acte, y compris la nullité pour défaut de capacité, et les nullités assimilées au fond ne sont donc pas couvertes par la discussion au fond (du droit litigieux).

Par suite, la Jurisprudence admet qu'elles peuvent être invoquées en tout état de cause et même pour la première fois en appel.

Le nouvel article 170 bis a en outre créé une catégorie spéciale de nullités d'ordre public particulièrement fortes : les nullités pour incompétence absolue, mais seulement « lorsque la loi attribue la compétence à une juridiction répressive ou administrative », et « généralement dans les instances où l'ordre public est intéressé », peuvent même être invoquées pour la première fois devant la Cour de Cassation (*supra* n° 60).

Enfin, c'est là une règle spéciale à la procédure, les nullités de fond comme les nullités de forme sont couvertes par « l'autorité de la chose jugée ».

66.- Comment les soulève-t-on ?

Les nullités de fond comme de forme sont soulevées en principe par voie d'exception (au sens large du mot), plus rarement par voie d'action.

On peut citer, comme exemple de nullité soulevée par voie d'action principale, la demande en nullité du commandement qui précède une saisie (ou, en langage de la pratique : opposition à commandement). Comme le commandement est un acte extra-judiciaire, fait en dehors du juge, il faut, pour l'attaquer, porter le litige devant celui-ci : il faut donc introduire devant le Tribunal une demande principale en nullité, ce qui ne peut être fait qu'au moyen d'un exploit d'assignation (en pratique, l'huissier de l'opposant rédige un exploit double : d'abord, l'exploit d'opposition à commandement, et, à la suite, l'exploit d'assignation proprement dit) (9).

Mais, dans la quasi-totalité des cas, la nullité est soulevée par voie d'exception, le tribunal étant déjà saisi du litige. Comme le Tribunal, disons-nous, est déjà saisi du litige, les avoués des parties peuvent échanger des conclusions et les nullités de fond comme de forme seront

(9) De même, un arrêt de rejet de la Chambre des Requêtes du 16 novembre 1847 (D. 117. 4. 244) a jugé que « la nullité d'un exploit qui, tel que la signification d'un jugement, fait courir le délai de l'appel, peut, tant que cet appel n'est point formé, être demandée en première instance par voie d'action principale » et « qu'il n'y a pas lieu de porter cette action en nullité devant la Cour ».

invoquées au moyen de conclusions (v. supra n° 1 et 13 en ce qui concerne les conclusions).

Seulement, l'acte de procédure que constituent les conclusions portera un nom différent suivant qu'il soulève une nullité de forme ou une nullité de fond.

La Jurisprudence et la Doctrine sont unanimes à appeler : « exception (10) de nullité », les conclusions qui soulèvent une nullité de forme.

Elles donnent au contraire aux conclusions qui soulèvent une nullité de fond de l'acte le nom de : « fin de non-recevoir ».

Enfin, quand la nullité de fond de l'acte touche au fond même du droit litigieux et menace d'anéantir la prétention même de l'adversaire (nullité pour défaut de droit), les conclusions prennent alors le nom de : « défense au fond », le mot « fond » signifiant alors non plus : fond de l'acte, mais : fond du droit litigieux.

67.- Ordre de présentation des différents moyens

L'article 192, nous l'avons vu, précise l'ordre de présentation des différentes exceptions, prises au sens large du terme :

1° L'exception de *cautio judicatum solvi*,

2° L'exception d'incompétence relative,

3° toutes les autres exceptions, avant tout débat au fond et en une seule fois (sauf naturellement le cas de l'exception de nullité d'un acte accompli ultérieurement ou après le débat au fond).

L'article 192 exclut seulement de la catégorie des exceptions qui doivent être proposées, simultanément et avant tout débat au fond, in limine litis : l'exception d'incompétence absolue et l'exception de communication de pièces.

Mais, il comprend nominativement dans cette catégorie : les fins de non-recevoir. Celles-ci ne seraient donc plus recevables après des conclusions au fond (du droit) ; ce qui aboutit à la solution diamétralement opposée à celle de la Jurisprudence, d'après laquelle les nullités de fond (de l'acte) peuvent être opposées en tout état de cause et même pour la première fois en appel (supra n° 65).

D'accord avec l'opinion de la majorité de la Doctrine, nous rejetons cette solution de l'article 192 pour les raisons données plus haut dans nos numéros 58 et 59 et nous approuvons la Jurisprudence qui, malgré la lettre apparente dudit article, soustrait les nullités de fond à l'application de celui-ci (v. notamment, outre l'arrêt de la Ch. Civ. précité, un récent

(10) Le mot exception étant pris ici dans son sens étroit.

arrêt de la cour de Paris du 13 janvier 1938, Sem. Jur. 1938 et la note, en cas de défaut de qualité).

Ce n'est pas par l'effet du pur hasard que les nullités de fond ont été considérées comme des nullités absolues, mais, parce que chacune d'elles sans exception présente à un degré plus ou moins grand un reflet de l'ordre public. Or, lorsque l'ordre public est intéressé, la nullité qui en découle ne peut pas être couverte par la volonté présumée des parties, comme au cas d'une simple nullité relative.

La nullité pour défaut d'intérêt est en effet d'ordre public parce que la règle « pas d'intérêt, pas d'action » est une « règle d'ordre public destinée à ménager le temps des juges, les deniers de l'Etat et à empêcher de naître des contestations inutiles ou vexatoires » (11). Pourrait-on admettre, par exemple, avec le système du nouvel article 192, qu'un exploit d'assignation nul pour défaut d'intérêt fût validé sous prétexte que le défendeur, mal informé, a conclu au fond!!!

On peut tenir le même raisonnement pour la règle : « pas de droit, pas d'action », avec cette différence que la nullité de l'acte de procédure pour défaut de droit, étant opposée par une « défense au fond », échappe par là-même à la disposition de l'article 192.

D'ailleurs, si l'on admet notre théorie de l'acte de procédure - acte juridique, développée dans l'introduction et le titre préliminaire, le défaut de droit, correspondant au défaut d'objet de l'acte, et le défaut d'intérêt, correspondant au défaut de cause, entraînent une nullité absolue, conformément à la théorie générale de l'acte juridique.

Le défaut de qualité étant le plus souvent « la résultante accessoire » du défaut de droit ou du défaut d'intérêt (v. supra n° 8) prendra alors le caractère de nullité absolue et se colorera aussi d'une teinte d'ordre public.

Quant à la condition de capacité, si elle protège un intérêt privé, il est cependant certain qu'elle touche en procédure à l'ordre public parce qu'il s'agit là « des intérêts essentiels de la défense auxquels la Société ne peut tolérer aucune atteinte » (12). Accepter que la fin de non-recevoir tirée du défaut de capacité puisse être couverte par la discussion au fond du litige, ce serait retirer à l'incapable toute la protection dont la loi a voulu l'entourer. Or, pour que la protection de l'incapable soit efficace, il faut évidemment que celui-ci puisse s'en prévaloir en tout état de cause, tant du moins que dure son incapacité.

(11) Voir Morel, *Traité élémentaire de procédure civile* (Sirey 1932, p. 39, n° 27).

(12) Voir supra, n° 16, les citations de M. Japiot.

Les nullités de fond qui sanctionnent des règles d'organisation judiciaire sont d'ordre public incontestablement, puisque ces règles sont unanimement considérées comme étant par essence d'ordre public (*supra*, n° 16).

Enfin les nullités de forme assimilées aux nullités de fond tiennent à la substance même de l'acte et sanctionnent de ce fait des règles tellement importantes que leur respect assure aux parties une sécurité et une garantie contre l'arbitraire auxquelles l'ordre public se trouve intéressé directement.

Il ressort de ce que nous venons d'exposer que, s'il fallait faire une concession aux rédacteurs de l'article 192, on ne pourrait la trouver logiquement que dans le domaine de la qualité, dans le cas spécial d'un « individu exerçant par représentation, en vertu d'un pouvoir donné, une action qui ne lui appartient pas en propre », le défaut de qualité d'un tel représentant n'ayant qu'une importance relative, comme nous l'avons développé dans notre n° 8 (4°), et pouvant par suite être couvert par des conclusions au fond de l'adversaire (13).

Nous nous rallions donc franchement au principe général des fins de non-recevoir opposables en tout état de cause.

68.- Effets et étendue des nullités

Les effets des nullités sont à considérer sur deux plans distincts :

1° nullité dans l'espace,

2° nullité dans le temps.

1° L'acte nul dans l'espace ne produit en principe aucun de ses effets juridiques normaux (nullité totale). Cependant, la nullité dans certains cas n'est que partielle et l'acte continue à sortir certains de ses effets (*v. supra* n° 15, le cas de la citation en justice nulle pour avoir été introduite devant un tribunal incompétent).

Mais, que la nullité soit totale ou partielle, l'acte peut toujours être rectifié (cas de la nullité de forme) ou recommencé (cas de la nullité de fond).

2° L'acte nul dans le temps, non seulement ne produit aucun de ses effets juridiques normaux, mais encore ne peut être ni rectifié, ni recommencé (cas des déchéances qui, nous le répétons encore, ne sont pas à proprement parler des nullités mais qui entraînent la nullité de l'acte fait tardivement et malgré la défense qu'elles édictent).

(13) C'est ce qu'avaient décidé certaines décisions de Jurisprudence que nous avons rapportées dans ce même numéro.

La nullité, quant à son étendue, est en principe restreinte à l'acte ou à la partie d'acte vicié (14) :

Quand une partie d'un acte est nulle, il suffit de rectifier cette partie d'acte pour que tout l'acte soit valable. Quand un acte est nul, la nullité de l'acte ne s'étend jamais aux actes précédents (sauf dans la procédure d'enquête : v. *supra*, n° 15).

Elle s'étend cependant aux actes postérieurs, à moins que l'acte nul ne puisse être facilement et immédiatement rectifié (cas des nullités de pure forme). En effet, la procédure est, nous l'avons vu, un déroulement logique d'actes qui se suivent et qui prennent appui sur les précédents. Si donc l'acte précédent est nul, l'acte suivant perd toute sa valeur, un des maillons de la chaîne que constitue la procédure s'étant rompu.

(14) Cf. dans le chapitre suivant avec le nouveau Code de procédure italien.

CHAPITRE III

Les systèmes étrangers actuels

69.— *Droit anglais et droit allemand*

La procédure de nos amis d'Outre-Manche n'ayant pas changé depuis 1940, les règles que nous avons données au n° 45 sont restées les mêmes et nous renvoyons les lecteurs à ce numéro.

En ce qui concerne le droit allemand, un récent décret est venu modifier et simplifier la procédure, mais il n'a pas touché au système des nullités que nous avons exposé plus haut et pour lequel nous renvoyons à la lecture du numéro 44.

70.— *Le nouveau code de procédure italien*

Seule de toutes les nations en guerre, l'Italie s'est payé le luxe de se donner un nouveau Code de procédure, et c'est bien là le seul succès à son actif !

Le nouveau « *Codice di procedura civile* » date d'un décret du 28 octobre 1940 (An XVIII, n° 1443).

Il est intéressant parce qu'il est le seul à avoir esquissé une théorie générale de l'action et une théorie générale des actes de procédure.

1° *Théorie générale de l'action :*

Elle est contenue dans les articles 75, 77, 82 et 83 (Livre I, Dispositions générales — Titre III, Des parties et de leurs défenseurs) et dans les articles 99 et 100.

« Article 75 (capacité procédurale). — Sont capables d'ester en justice les personnes qui ont le libre exercice des droits qu'elles veulent faire valoir. »

L'article 77 dit que les parties peuvent se faire représenter par un mandataire, et l'article 82 que les parties doivent estimer en justice devant les tribunaux et cours d'appel « avec le ministère d'un avoué exerçant légalement, et devant la Cour de Cassation par un avocat inscrit ».

Les articles 99 et 100 sont insérés dans un titre IV intitulé : « De l'exercice de l'action ».

« Article 99. – Celui qui veut faire valoir un droit en justice doit introduire la demande devant le Juge compétent. »

« Article 100. – Pour introduire une demande, ou pour y défendre, il est nécessaire d'avoir *intérêt*. »

C'est bien la première fois, à notre connaissance, que l'on voit mentionner dans un Code de procédure moderne la condition de fond de l'acte que constitue : l'intérêt (1).

2° *Théorie générale des actes de procédure :*

Elle se trouve dans le « Livre I : Dispositions Générales », sous un titre 4° intitulé : « Des actes de procédure ».

Ce titre est lui-même divisé en trois chapitres : Chapitre 1, De la forme des actes – Chapitre 2, Des délais – Chapitre 3, De la nullité des actes.

Le chapitre premier est caractérisé par deux articles originaux :

« Article 121 (Liberté de la forme). – Les actes de procédure pour lesquels la loi ne requiert aucune forme déterminée peuvent être rédigés dans la forme la plus propre à atteindre le but qu'ils se proposent. »

« Article 125 (Contenu et signature des actes des parties). – Sauf dispositions contraires de la loi, la citation, le recours, la comparution, le contre-recours, l'ordre du juge doivent indiquer l'officier judiciaire (2), les parties, l'objet, les raisons de la demande et les conclusions, et, tant dans l'original que dans la copie à notifier, doivent être signés par la partie si elle est personnellement en justice, ou par le défenseur muni d'une procuration. »

Le chapitre 2 donne au juge des pouvoirs assez larges en matière de délais, lesquels n'ont pas d'équivalent en droit français.

« Article 152. – Les délais pour l'accomplissement des actes de procédure sont déterminés par la loi ; ils peuvent être déterminés par le juge, également à peine de déchéance, si la loi le permet expressément. »

« Article 153 (Délais péremptoires). – Les délais péremptoires ne peuvent être abrogés ou prorogés, pas même avec l'accord des parties. »

(1) Cf. cet article avec la théorie de M. Morel exposée dans le titre préliminaire et suivant laquelle les conditions de fond proprement dites de l'action se ramènent à une seule : « l'intérêt », à l'exception du « droit », de la « capacité » et de la « qualité ».

(2) « L'officier judiciaire » est une innovation de ce nouveau Code : il semble cumuler les fonctions de greffier et d'huissier puisque l'article 59 dispose qu'il « assiste le juge à l'audience, pourvoit à l'exécution de ses ordres, exécute les notifications d'actes... »

« Article 154 (Délais ordinaires). – Le Juge, avant leur échéance, peut abroger ou proroger, même d'office, les délais qui ne sont pas établis à peine de déchéance. La prorogation peut avoir une durée supérieure au délai primitif. Il ne peut être consenti une nouvelle prorogation, sauf pour motif particulièrement grave et par une mesure motivée. »

Le chapitre troisième traite de la seule nullité de forme des actes :

L'article 156 consacre, en la matière, notre article 1030 (« pas de nullité sans texte ») ainsi que la théorie des nullités substantielles : « La nullité ne peut pas être prononcée pour inobservation de la forme d'aucun acte de procédure si la nullité n'est pas édictée par la loi. Elle peut toutefois être prononcée quand l'acte manque des formes indispensables requises pour atteindre son but.

La nullité ne peut jamais être prononcée si l'acte a atteint le but auquel il visait. »

L'article 157 consacre le caractère de nullité relative de la nullité de forme et présente de grandes analogies avec notre article 173 nouveau, sauf qu'il ne reprend pas la maxime « pas de nullité sans grief » qu'avait faite sienne l'ancien Code Napolitain (supra, n° 20). Qu'on en juge :

« La nullité ne peut être prononcée qu'à la demande des parties, si la loi ne dispose pas qu'elle doit être prononcée d'office.

Seule la partie qui est *intéressée* peut opposer la nullité de l'acte pour absence des qualités requises, mais elle doit le faire *au début* de sa demande ou au début de la défense qui suit immédiatement l'acte nul ou la connaissance de celui-ci.

La nullité ne peut être opposée par la partie qui en a été la cause, ni par celle qui y a renoncé même tacitement. »

L'article 159 énonce avec force détails les effets des nullités de forme :

« La nullité d'un acte ne s'étend pas aux actes précédents ni à ceux qui suivent même si ces derniers en dépendent.

La nullité d'une partie d'un acte ne frappe pas l'autre partie, même si celle-ci en dépend.

Si le vice empêche un effet déterminé, l'acte peut toutefois produire ses autres effets (3) à l'égard desquels il se trouve idoine. »

L'article 160 est consacré à la nullité de la notification et reprend le même critère de nullité que l'article 145, 2°, du précédent Code de procédure (supra, n° 43) :

« La notification est nulle si ne sont pas observées les dispositions con-

(3) Cf. avec la nullité partielle, supra n° 68.

cernant la personne à laquelle doit être remise la copie, ou s'il y a *incertitude absolue* sur la personne à laquelle elle a été faite, sauf l'application des articles 156 et 157. »

L'article 162 dispose en outre : « Le Juge qui prononce la nullité doit faciliter, quand cela est possible, le renouvellement des actes auxquels s'étend cette nullité... »

Enfin, en ce qui concerne les formes et la nullité de la citation devant le tribunal, l'article 163 et l'article 164 reprennent à peu près les dispositions de l'ancien Code, mais en les allégeant de leur formalisme (Livre II, Des Juridictions – Titre 1^{er}, Du procès devant le Tribunal – Chapitre 1^{er}, Introduction de la cause).

« Article 163. – La citation doit contenir : 1^o l'indication du Tribunal devant lequel la demande est introduite, 2^o les nom, prénom, résidence du demandeur, les nom, prénom, résidence ou domicile du défendeur ou des personnes qui les représentent ou les assistent, 3^o l'objet de la demande, 4^o l'exposé des faits et éléments de droit constituant les motifs de la demande, avec les conclusions y relatives, 5^o l'indication spécifique des moyens de preuve dont le demandeur entend se prévaloir, et en particulier des documents qu'il offre de communiquer, 6^o les nom et prénom du mandataire et l'énoncé de sa procuration quand celle-ci n'est pas déjà portée sur la citation même, 7^o l'indication au défendeur de se constituer dans le délai que le demandeur indique conformément à l'article 166. »

« L'acte de citation est écrit conformément à la règle de l'article 125 et remis à la partie ou au mandataire par l'officier judiciaire, conformément aux articles 137 et suivants. »

« Article 164. – La citation est nulle si l'une quelconque des prescriptions requises aux numéros 1, 2, 3 de l'article précédent sont omises ou s'il en résulte une *incertitude absolue*. »

La nullité est prononcée d'office par le juge quand le défendeur ne s'est pas constitué.

La constitution du défendeur valide tous les vices de la citation... »

71. – L'évolution du droit italien

En somme, l'évolution du droit italien de la procédure peut se résumer ainsi :

1^o La simplification du formalisme aboutissant au principe de la liberté des formes (art. 121), corollaire essentiel du grand principe de l'autonomie de la volonté (v. supra n^o 8, dans l'introduction).

2° L'adoption d'un système comminatoire relatif assez large en matière de nullités de forme (art. 156, art. 160 et 164). Le juge apprécie en effet, pour prononcer la nullité, si le vice de forme a ou n'a pas empêché l'acte « d'atteindre son but ». Tel est le critère général de l'article 156 qui laisse, on le voit, de plus larges pouvoirs au juge que la maxime « pas de nullité sans grief ». Enfin, il ne prononcera la nullité des notifications et de la citation devant le Tribunal que si certaines de leurs énonciations peuvent créer une « incertitude absolue » dans l'esprit de l'adversaire (art. 160 et 164), ce qui serait évidemment lui porter préjudice.

CONCLUSION

72.- L'abréviation des procès, souci constant du législateur

Le Grand Roi, promulguant la fameuse ordonnance de 1667 « touchant la réformation de la justice », et qui devait « bannir les détours ruineux de la chicane », s'exprimait ainsi :

« C'est pourquoi, ayant reconnu par le rapport de personnes de grande expérience que les ordonnances sagement établies par les roys, nos prédécesseurs, pour terminer les procès étaient négligées ou changées par le temps ou la malice des plaideurs ; que même elles étaient observées différemment en plusieurs de nos cours, ce qui causait la ruine des familles par la multiplicité des procédures, les frais de poursuite et la variété des jugements ; et qu'il était nécessaire d'y pourvoir et rendre l'expédition des affaires plus prompte, plus facile et plus vive par le retranchement de plusieurs délais et actes inutiles et par l'établissement d'un style uniforme de toutes nos cours et sièges... »

On se rappelle (v. supra n° 53) que le rapport du Garde des Sceaux présentait la réforme du décret du 30 octobre 1935 sur la procédure comme « de nature à favoriser l'œuvre de la justice civile en la rendant plus prompte, plus simple et moins coûteuse ».

Ainsi le souci constant du législateur à toute époque a été d'arriver à une meilleure justice, en diminuant les frais, en simplifiant la procédure et surtout en évitant les lenteurs par la proscription des moyens dilatoires. C'est surtout la préoccupation d'abrégé les procès qui est le but dominant en législation.

73.- Le système actuel y répond-il ?

Malgré la sévère appréciation de M. Hébraud sur les résultats pratiques du décret-loi du 30 octobre 1935 (supra n° 60), nous estimons que le système actuel marque dans l'ensemble un grand progrès sur le système primitif du Code et qu'il a satisfait à ce « souci constant du législateur » en assouplissant le système des nullités de forme.

La loi ne peut pas examiner chaque cas particulier. Seul le Juge peut apprécier sainement la question de savoir s'il est opportun ou inopportun d'appliquer la sanction de nullité à tel ou tel vice de forme. Le décret a institué en la matière, un criterium de distinction aisé qui simplifie la tâche de Juge, tout en protégeant les parties contre l'arbitraire, et coupe court à tout esprit de chicane : la nullité de forme n'est prononcée par le Juge que si l'irrégularité qu'elle sanctionne a porté préjudice aux intérêts de l'adversaire.

Le plaideur, même de mauvaise foi, hésitera sous l'empire du système actuel à soulever un moyen de nullité qu'il sait à l'avance devoir être rejeté par le Juge, alors que sous l'empire du Code il pouvait en principe présenter avec toutes chances de succès tous les moyens de nullités édictées par la loi.

Les moyens purement dilatoires sont en outre radicalement éliminés à partir du moment où le débat a été engagé au fond, puisque toutes les exceptions doivent être présentées *in limine litis* et qu'elles sont en principe couvertes par le commencement du débat au fond.

Le formalisme désuet de la procédure et ses lenteurs ont été ainsi considérablement corrigés, à tel point que notre système actuel des nullités est assez bien adapté à la cadence rapide de la vie des affaires modernes.

Par contre, la grosse critique qui peut être adressée au décret du 30 octobre 1935 résulte de son zèle excessif à simplifier et à accélérer la marche des procès : comme l'écrit M. Hébraud, « si le défendeur soulève un moyen de défense accessoire, le décret-loi y voit a priori un moyen dilatoire... » Et cette hantise du législateur se traduit par la solution inacceptable de l'article 192 qui assimile les nullités de fond des actes de procédure aux nullités de forme : les fins de non-recevoir, comme les exceptions de nullité, doivent être présentées *in limine litis* et sont couvertes par les conclusions au fond ! Nous avons vu que la Jurisprudence a fait, à juste titre, bon marché de ce monstre juridique (*supra*, n° 58). Les nullités de fond ont en effet le caractère des nullités absolues : elles ne peuvent donc pas être couvertes par un autre acte puisqu'elles s'imposent au Juge sans possibilité d'appréciation de la part de celui-ci (contrairement au système des nullités de forme qui est maintenant « comminatoire », les nullités de fond doivent rester et sont restées du type « obligatoire ») et au point de devoir être soulevées d'office par lui.

En résumé, le système français actuel des nullités de procédure nous semble assez harmonieusement construit en fonction du but poursuivi : l'abréviation des procès. Les nullités de fond des actes de procédure, étant

basées sur l'ordre public, peuvent être opposées à tout étage de la procédure, même au détriment d'une solution plus rapide du procès, tandis que les nullités de forme, étant de pur intérêt privé, ne peuvent ralentir la marche de la procédure que si elles sont suffisamment importantes pour léser les intérêts de l'adversaire (« pas de nullité sans grief »).

74. — *L'évolution de notre système des nullités correspond à l'évolution de la procédure vers le Droit Public*

Une thèse n'est jamais qu'un modeste travail sur un point particulier de droit, travail approfondi, certes, mais qui risque de ne pas porter tous ses fruits si on ne le rattache pas à une idée plus générale, à une vue d'ensemble. Cette conclusion va nous donner l'occasion d'élever un peu le champ de nos recherches.

Nous avons vu que le nouveau principe : « pas de nullité sans grief », donne au juge une grande liberté d'appréciation en matière de nullités de forme. Il contribue donc, avec l'innovation du « juge chargé de suivre la procédure », à augmenter les pouvoirs des magistrats qui avaient été, nous le savons, assez strictement limités par le Code primitif, lequel avait pour principe fondamental que la prédominance dans la direction de l'instance doit être donnée aux parties.

C'est donc maintenant le principe inverse qui a l'air de vouloir prévaloir : la direction de l'instance est de plus en plus confiée au juge.

A quoi répond cette évolution ? Elle répond tout simplement à un état d'esprit qui règne chez les auteurs modernes et qui a influencé le législateur, état d'esprit, selon l'expression de M. Vanlaër, « qui tend à s'écarter de la conception traditionnelle de la procédure, complément du Droit Privé » (1). La procédure est de plus en plus regardée comme touchant au Droit Public.

Les auteurs du Droit Public, en effet, ont apporté une contribution intéressante à l'étude de la procédure en la considérant en tant que « procédé de fonctionnement du service public de la justice » (2). A partir du moment où la procédure était envisagée comme un procédé de fonctionnement du service public de la justice, il était normal que sa direction fût de plus en plus soustraite aux particuliers, tout service public étant par essence dirigé en principe par les agents de la personne morale de Droit Public, lesquels sont, sans nul doute, les magistrats en ce qui concerne le service public de

(1) Ouvrage déjà cité, t. 1, chap. 4, p. 289.

(2) Voir Vizioz : « Etudes de procédure », 2^{me} partie, Notions fondamentales de la procédure et la Doctrine française du Droit Public.

la justice, service qui incombe à l'Etat. D'où, en contrepartie, l'accroissement des pouvoirs du Juge, désormais élargis par les textes.

75. — *Évolution parallèle en Droit Comparé*

Ce lien entre la procédure et le Droit Public a été particulièrement mis en relief par certaines législations plus récentes que la nôtre : par exemple, le Code autrichien de procédure civile de 1895, et les Codes promulgués par la France à l'usage des Tribunaux français dans certains de ses protectorats (Dahir Marocain de 1913 (3), Code Tunisien de procédure de 1910). Ces Codes insistent, en se plaçant donc plus spécialement au point de vue du Droit Public, sur le rôle du Juge, représentant de l'Etat, sur le pouvoir qu'a le Juge de conduire l'instance et d'y intervenir activement, sur sa liberté d'appréciation (que les textes n'étouffent plus, notamment en matière de nullités).

Depuis longtemps déjà, le Juge allemand et surtout le Juge anglais jouissent de pouvoirs très larges dans la direction de l'instance en général et, en particulier, pour apprécier l'opportunité du prononcé des nullités. (4)

Nous venons de voir que le nouveau Code de procédure italien a aussi réformé la procédure dans ce sens (pouvoirs du Juge élargis en matière de nullités et de délais, création d'un « officier judiciaire » qui cumule les fonctions de greffier et d'huissier et qui dépend étroitement du Juge). (5)

L'étude du Droit Comparé nous montre donc que l'évolution de la procédure vers le Droit Public (avec l'accroissement des pouvoirs du Juge comme conséquence nécessaire) n'est pas une tendance spéciale à notre décret-loi du 30 octobre 1935, mais qu'elle correspond à un courant universel de Législation.

M. Raymond Bordeaux, dans son ouvrage déjà cité ici et intitulé « Philosophie de la Procédure Civile » (livre 1^{er}, chap. 6), partant du fait que chaque civilisation et même chaque nation, à l'intérieur d'une même civilisation, ont leur système de procédure propre, en concluait :

« On dirait que le sanctuaire des tribunaux, les cabinets des gens d'affaires ne ressentent pas le courant que la civilisation établit de nation à nation et ne sont influencés ni par les théories des philosophes, ni par l'imagination des rêveurs. »

Cette appréciation était peut-être exacte à l'époque où elle était écrite

(3) Supra, n° 46.

(4) Supra, nos. 44 et 45.

(5) Supra, nos. 70 et 71.

(1857), elle l'est encore sans doute en ce qui concerne le détail des règles de forme, elle ne l'est plus quand on considère les grandes lignes des différents systèmes des principales nations européennes, comme nous l'avons fait : on voit alors apparaître au contraire ce « courant » que les progrès de la Législation établissent de nation à nation.

Ce « courant » s'est traduit par l'accroissement constant des pouvoirs d'appréciation du Juge en matière de nullités et, d'une façon générale, des pouvoirs tout court du Juge. D'où, la tendance de la procédure à s'intégrer au Droit Public.

76. — *La réforme du législateur moderne des nullités a été dans l'ensemble salutaire*

M. Raymond Bordeaux (ibidem), après avoir constaté que « chaque nationalité principale possède pour l'application de ses lois civiles un système particulier de formes judiciaires, comme elle possède un langage à soi pour l'expression de ses idées » et qu'ainsi « cette partie de la législation, qui semble le moins digne d'attention, s'élève presque au rang des institutions politiques », écrivait : « Nous pouvons encore conclure de là que tout système nouveau, créé a priori, ne pourrait que bouleverser le Droit et augmenter la confusion d'où naissent les procès ; que le point de départ d'une bonne réforme de la procédure est dans l'amélioration raisonnée du système en vigueur chez un peuple et non dans l'adoption de théories ingénieuses et séduisantes peut-être, mais que leur nouveauté rend inacceptables dans une matière où l'expérience surtout doit avoir de l'autorité (6). En effet, un système de procédure ne se produit pas dès l'abord tout arrêté, tout complet : il se développe et se perfectionne de jour en jour. Il est donc vrai de dire de la procédure civile ce qu'un criminaliste contemporain disait récemment de l'instruction criminelle : La législation modifie plus qu'elle ne crée, elle perfectionne plus qu'elle n'invente, elle développe plus qu'elle ne détruit ; si elle se hasarde quelquefois en de téméraires innovations, ses écarts ne durent pas et bientôt elle revient par quelques points aux principes que le temps a éprouvés et qui sont les vrais fondements de sa puissance. »

On ne pouvait rien écrire de plus juste.

(6) Meyer, dans l'introduction de son livre sur « les Institutions Judiciaires », faisait justement remarquer à ce sujet que « l'on chercherait vainement dans l'histoire l'exemple d'un peuple qui, sans avoir perdu son indépendance et son existence nationales, ait adopté la procédure d'une autre nation ».

C'est pour cette raison que nous approuvons pleinement la prudence de M. Poulle, rapporteur de la loi du 12 janvier 1933 au Sénat (supra, n° 50), puis celle des rédacteurs du décret-loi du 30 octobre 1935 qui n'ont pas abrogé purement et simplement l'article 1029 du Code de procédure civile. Ce faisant, ces légistes ont opéré une bonne réforme de notre procédure par l'amélioration raisonnée de notre système des nullités de forme.

Nous pouvons conclure en souhaitant cependant que le législateur consacre des articles à la théorie générale des nullités, afin de fixer d'une manière non équivoque et rationnelle notre système actuel des nullités. Il pourrait prendre exemple sur le nouveau code de procédure italien en l'adaptant à l'esprit de nos lois et en le complétant.

Cette étude pourrait fort bien être insérée dans la 1^{re} partie, livre 2, titre IX, § 3 du Code actuel sous la rubrique : « Exceptions de nullités et fins de non-recevoir » (au lieu de : « Des nullités »). Elle comprendrait deux articles : un article 173 nouveau consacré aux conditions de validité des actes de procédure, un article 173 bis consacré à la théorie des nullités de procédure.

L'article 173 nouveau pourrait s'inspirer des propositions suivantes : Les actes de procédure sont des manifestations de volonté ayant pour but de mettre en œuvre un droit et obéissent en tant que telles à la théorie générale des actes juridiques.

La validité de ces actes est donc soumise à des conditions de fond et à certaines conditions de forme.

Les conditions de fond sont :

1^o— les quatre conditions de recevabilité de l'action : droit, intérêt, capacité, qualité, invariables quel que soit l'acte effectué ;

2^o— l'absence des déchéances édictées par certains textes dans certains cas ;

3^o— la compétence absolue du tribunal devant lequel l'acte est porté (sauf le cas de l'affaire commerciale portée devant un Tribunal Civil) ;

4^o— la compétence des officiers ministériels qui accomplissent l'acte.

Les conditions de forme sont différentes suivant les actes à accomplir et sont énumérées par les textes.

Certaines conditions de forme particulièrement substantielles (7) sont toutefois assimilées aux conditions de fond et abandonnées à l'appréciation du Juge.

L'article 173 bis esquisserait la théorie générale des nullités de procédure, en insistant sur les points suivants : La validité des actes de procédure

(7) Telle la signature de l'huissier au bas de l'exploit (v. supra n° 53).

est sanctionnée par la nullité de l'acte irrégulier dans son fond ou dans sa forme.

Les nullités de fond et assimilées présentent le caractère d'ordre public : elles sont donc absolues, c'est-à-dire peuvent être invoquées en tout état de cause, même pour la première fois en appel, par tout intéressé, doivent être soulevées d'office par le juge et ne peuvent pas être couvertes même par les conclusions du fond. Elles sont opposées au moyen des fins de non-recevoir, sauf la nullité pour défaut de droit qui constitue une véritable défense au fond.

Les nullités de forme, au contraire, ont pour but la protection d'un intérêt strictement privé (sauf celles qui sanctionnent une condition de forme particulièrement substantielle) : elles sont donc relatives, c'est-à-dire peuvent être opposées in limine litis, par la seule partie protégée par la règle, sont couvertes en tant que telles par les conclusions au fond ou par tout acte ultérieur prouvant nettement l'intention par la partie intéressée d'y renoncer.

En cas d'instance contradictoire, ces nullités ne peuvent en outre être prononcées par le juge qu'autant que l'irrégularité qu'elles sanctionnent a eu pour effet de nuire aux intérêts de la partie adverse.

En cas de défaut faute de comparaître, le juge peut soulever d'office, purement et simplement, la nullité de l'exploit introductif d'instance.

Les nullités de forme sont opposées au moyen des exceptions de nullité.

L'article 1030 serait enfin modifié en ce sens qu'il ne s'applique qu'aux cas de nullités de forme accessoires des actes de procédure, et l'article 1029, en ce sens qu'aucune des nullités du Droit judiciaire n'est comminatoire, sauf l'application de la maxime « pas de nullité sans grief » aux nullités de pure forme.

- F I N -

APPENDICE

Numéro I: Modèles d'assignation

1) FRANCE : *exploit d'assignation devant le Tribunal Civil.*

Assignation afin
d'homologation
d'état liquidatif

DUPONT
c/
son mari

Dû à Me DUVAL
Original 15.—
Copie 11.25
Répertoire
et pli 0.85
Enregistrement 25.—
52.10
Timbre 12.—
64.10

L'an mil neuf cent quarante-deux et le trente novembre.
A la requête de Mme Jeanne, Angèle DURAND, lin-
gère, épouse judiciairement séparée de biens d'avec Mr Léon Marie
DUPONT, demeurant la dite dame à Paris, 22, Rue Cardinet.

Pour laquelle domicile est élu à Paris, 19, Boulevard
Malesherbes, en l'étude de Me DUPUY, avoué près le Tribunal
Civil de la Seine, lequel se constitue et occupera pour elle sur la
présente assignation et ses suites.

J'ai Emmanuel, Théodore DUVAL, Huissier près le
Tribunal Civil de la Seine, séant à Paris, y demeurant, 3, rue Mon-
cey, soussigné,

Donné assignation à : Mr Léon Marie DUPONT de-
meurant à Paris, 24, rue Richelieu, où étant et parlant à une femme
à son service ainsi déclaré.

A comparaître à huitaine franche, délai de la loi, par
ministère d'avoué constitué à l'audience et par devant MM. les
Président et Juges composant le Tribunal Civil de la Seine, séant
au Palais de Justice à Paris, heure de midi, défaut de suite, pour :

Attendu qu'un jugement rendu par défaut par la 2ème
Chambre de ce Tribunal en date du Cinq novembre 1938, enregistré,
a prononcé la séparation de biens entre les époux DUPONT à la
requête de Madame DUPONT ;

Attendu que le dit jugement a commis Me LEROUGE,
Notaire, à Paris, pour procéder à la liquidation des droits respectifs
des parties et Monsieur LENOIR, juge à la dite Chambre pour faire
son rapport s'il y a lieu ;

Attendu que le dit Me LEROUGE, Notaire, a dressé
l'état liquidatif des reprises de la requérante, suivant procès-verbal
en date du 6 février 1939 ;

Attendu que le dit état liquidatif est régulier en la forme et juste au fond, qu'il y a donc lieu de l'homologuer purement et simplement ;

Par ces motifs :

Voir homologuer purement et simplement pour être exécuté selon ses formes et teneur l'état liquidatif des reprises de Mme DURAND, épouse DUPONT, dressé par Me LEROUGE, Notaire à Paris, le 6 février 1939,

S'entendre Monsieur DUPONT condamner en tous les dépens,

Sous toutes réserves,
A ce qu'il n'en ignore.

J'ai, Huissier, remis du présent copie sous enveloppe fermée ne portant d'autre indication, d'un côté que les noms et demeure de la partie et de l'autre que le cachet de mon Etude apposé sur la fermeture du pli, et ce, par clerc assermenté dont les mentions seront visées par moi sur l'original conformément à la loi.

Coût me concernant : quarante-deux francs, dix sauf autres dûs
Employé pour la copie 2 feuilles format timbre à 6 fr = 12 frs.

(Signé) DUVAL
(Cachet de l'huissier)



Visé par moi, conformément à la loi, les
(cachet de l'avoué) mentions relatives à la notification.

(Paraphe de l'huissier)

Me DUPUY, Avoué

19, Boulevard Malesherbes

Enregistré à Paris, le 1^{er} décembre 1942,
1^{er} Bureau, f) 70, Case 34
Reçu : 25 francs



(Cachet de l'Enregistrement)

- 2) ANGLETERRE : « *Writ of summons* » ou ordonnance d'assignation devant la Haute Cour de Justice (Tribunal de droit commun).

C'est en réalité une formule d'action toute préparée, fixée par la Haute Cour et dont le demandeur ne fait que remplir les blancs. Elle est délivrée au demandeur, à Londres par l'Office Central de la Haute Cour et ailleurs par tout Greffe de District.

1942 — C... (1), n° ... (2)

HAUTE COUR DE JUSTICE
DIVISION DU BANC DU ROI

Entre Edward Cork, demandeur

Et

William Blackstone, défendeur.

George VI, par la grâce de Dieu, Roi de Grande Bretagne, d'Irlande et des Dominions au delà des mers, défenseur de la Foi,

A William Blackstone

10 Cheapside

Cité de Londres

Recto
du
writ

Nous vous commandons de : dans les huit jours à partir de la signification de ce writ, y compris le jour de la signification, faire en sorte que quelqu'un comparaisse pour vous dans une action à la poursuite d'Edward Cork.

Et nous vous avertissons que, faute par vous d'agir ainsi, le demandeur peut procéder sur cette action et qu'un jugement peut être rendu en votre absence.

Témoins : Douglas Macgarel, Baron Hailshan, Lord Haut Chancelier de Grande Bretagne, le de l'An de Notre Seigneur mil neuf cent quarante-deux.

N.B. : Ce writ doit être signifié dans les douze mois du calendrier à partir de sa date ou, s'il est renouvelé, dans les six mois du calendrier à partir de la date du dernier renouvellement, y compris le jour de cette date, et non après.

Le défendeur peut satisfaire à ce writ en se présentant soit personnellement, soit par solicitor, à l'Office Central, Cours Royales de Justice, Londres.

(1) Première lettre du nom du demandeur.

(2) Numéro d'identification, apposé par l'Office Central ou le Greffe.

Verso
du
writ

La prétention du demandeur tend à : des dommages-intérêts pour renvoi injuste. (3)

Ce writ a été émis par Kenyon Ellenborough et Cie, dont l'adresse pour les significations est 25 Park Lane, Cité de Westminster, Solicitors pour le dit demandeur qui réside 10 Prince Henry Street, Cité de Londres.

Ce writ a été signifié par moi, 10 Cheapside, Cité de Londres,
Au défendeur William Blackstone,

Mardi 17 avril 1942.

Endossé le 19 avril 1942.

Signé : James Mansfield.

15, Tosting Common Londres, S. W.

(3) C'est seulement au cas de comparution du défendeur que le demandeur précise et développe l'objet de sa prétention en signifiant à son adversaire un « exposé de la demande » (« statement of claim »).

Numéro 2: Modèle de conclusions devant le Tribunal Civil

Conclusions.

A MM. les Président et Juges composant le Tribunal Civil de la Seine.

Conclusions

Pour : Monsieur Jean DUPONT

Défendeur

Me LEBLANC, avoué

Contre : Monsieur Jacques DURAND

Demandeur

Me LEROUGE, avoué

Plaise au Tribunal :

DUPONT

c/

DURAND

Attendu que suivant exploit de Me LENOIR, Huissier à Paris, en date du 24 octobre 1942, Monsieur Jacques DURAND a assigné Monsieur Jean DUPONT en paiement de différentes sommes ;

Mais attendu que la demande de Monsieur Jacques DURAND n'est pas recevable, qu'en tout cas elle est mal fondée, qu'il y a donc lieu de la rejeter ;

PAR CES MOTIFS :

Déclarer Monsieur Jacques DURAND irrecevable en sa demande, en tout cas mal fondé en icelle, l'en débouter,

Et condamner le dit Monsieur DURAND en tous les dépens dont distraction à Me LEBLANC, avoué, aux offres de droit.

Sous toutes réserves,

Et ce sera justice.

Dont acte,

Pour original :

(Signature de Me LEBLANC, avoué)

Me. LEBLANC

Avoué

Signifié le trente novembre 1942, à la requête de Me LEBLANC, avoué, de Monsieur Jean DUPONT, à : Me LEROUGE, avoué de Monsieur Jacques DURAND, en son étude, parlant à un de ses clercs, par nous, huissier-audencier soussigné.

Coût : 3 frs 30

(Signature de l'huissier-audencier)

BIBLIOGRAPHIE

1^o) OUVRAGES LITTÉRAIRES, HISTORIQUES OU PHILOSOPHIQUES :

- Beaumarchais — Le mariage de Figaro (acte III, sc. 13).
 Boileau — Satires, XII, v. 125 et suivants.
 Bordeaux Raymond — Philosophie de la procédure civile (1857, 1 vol.).
 Dickens — Les Aventures de Mr. Pickwick.
 A. France — Jean Marteau (Conte).
 Fustel de Coulange — La Cité antique.
 Ihering — L'Esprit du Droit Romain et les Mélanges (Trad. Meulenaere).
 Marot — L'Enfer (v. 23 et suiv.).
 Molière — Le Misanthrope (acte V, sc. 1).
 Montesquieu — L'Esprit des Lois (livre 6, chap. 2).
 — Les Lettres Persanes (lettre C).
 Rabelais — Pantagruel (chap. 40).
 Voltaire — Correspondance générale (t. 2, p. 168).

2^o) OUVRAGES JURIDIQUES FRANÇAIS :

- Acarias — Précis de Droit Romain (1891. Lib. Cotillon, Pichon succ. 2 vol.).
 Auspach et Coutanche — Dictionnaire de Droit anglo-franco-belge (1920. 1 vol.).
 S. Berge — La Justice Française au Maroc (1917. 1 vol.).
 Berriat-Saint-Prix — Observations sur la législation relative aux nullités des actes de procédure (t. 4 de ses Mémoires, 1844).
 Bioche — Dictionnaire de Procédure Civile et Commerciale, 1839, 2^e éd. (5 vol., 1 supp.).
 Boitard, Cglmet-Daage et Glasson — Leçons de procédure civile (Paris 1890. Lib. Cotillon, Pichon succ. 2 vol.).
 Boncenne — Théorie de la procédure civile (continuée par Bourbeau, Poitiers 1828, Paris 1863. 7 vol.).
 Bonnier — Eléments de procédure civile (Paris 1853. 1 vol.).
 Breton — De la règle qu'il n'y a pas de nullité sans grief et du nouvel art. 173 C. pr. civ. (D. H. 25 juin 1936).
 Capitant — Droit civil français (t. 1, éd. 1929).
 — Vocabulaire juridique (1930—36).
 Carpentier — Répertoire général du Droit Français (nullités d'exploit et nullités de procédure).
 Carré — Traité et questions de procédure (Rennes 1818—19. 2 vol.).

- Carré et Chauveau — Lois de la Procédure Civile et Commerciale (4^e éd., Paris, Marchal, 1880—83. 13 vol.).
- Carré de Malberg — Histoire de l'exception en droit romain et dans l'ancienne procédure française (Paris 1888).
- César-Bru — Commentaires de la loi du 12 janvier 1933 (Lois nouvelles, mars 1933).
- Précis élémentaire de procédure (Paris 1927. Perrin éd.).
- Chéron et Mulheisen — Précis de procédure locale (Paris, recueil Sirey 1930, 1 vol.).
- Chevallier — Commentaires de la loi du 12 janvier 1933 (Jurisp. gén. Dalloz 1933, p. 77 et suiv.).
- Connan — Commentaires juridiques (éd. 1558).
- Cuche — Précis de Procédure civile et commerciale (1933, 3^e éd.).
- Dalloz — Dictionnaire de Droit (Actes de procédure — Exploits — Nullités).
- Domat — Traité (liv. 4, t. 2).
- Drogoul — Essais d'une théorie générale des nullités.
- Favard — Répertoire de la Législation et du Notariat.
- Faustin-Hélie — Ouvrage sur l'importance de la procédure criminelle comme une garantie de la liberté civile.
- Françisque Goyet — Le décret du 30 octobre 1935 et les nullités de procédure (Lois nouvelles, 15 mai 1936).
- Garsonnet — Traité théorique et pratique de procédure (1882. Larose et Forcel éd.).
- Garsonnet et César-Bru — Traité théorique et pratique de procédure civile (3^e édition, 9 vol. et supp.).
- Gentil — La procédure civile au Maroc (1916).
- Geny — Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de François Gény (Paris 1935. 3 vol.).
- Glasson — Sources de la Procédure civile française (Paris 1882. 1 vol.).
- Précis théorique et pratique de procédure civile (Paris, Pichon, 1902. 2 vol.).
- Le Châtelet de Paris et les abus de sa procédure aux XIV^e et XV^e siècles (Paris 1893. 1 vol.).
- Droit et Institutions de l'Angleterre (G. Pédone, Lauriel éd. 1893).
- La réforme de la procédure civile en France (Bucarest 1886. 1 vol.).
- Glasson, Tissier et Morel — Traité de Procédure (3^e éd.).
- Hébraud — La réforme de la procédure, le décret-loi du 30 octobre 1935 (Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, 1936).
- Japiot — Des nullités en matière d'actes juridiques (Lib. Rousseau, 1909. 1 vol.).
- Des sanctions en matière de procédure (Revue trimestrielle de Droit Civil, 1914, p. 229 et suiv.).
- Traité élémentaire de procédure civile et commerciale (1935. 3^e éd.).
- Jocotot — Des exceptions de procédure en matière civile et commerciale (Paris 1859. 1 vol.).
- Laborde-Lacoste — Précis élémentaire de procédure civile (2^e éd., mise au courant au 1^{er} octobre 1938. Lib. Sirey).
- Lerebours-Pigeonnière — Notes parlementaires (Revue trimestrielle de Droit Civil).
- Leloir — Quelques mots sur l'abus des nullités en matière de procédure civile ou criminelle (D. H. 6 juillet 1933).

- Locré — Travaux préparatoires du Code de Procédure Civile.
 — L'esprit du Code de Procédure Civile (Paris 1816. 4 vol.).
 Loisel — Institutes coutumières (éd. de Laboulaye et Dupin).
 Merlin — Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence (5^e éd. Paris, Gen-
 nery, 1827. 18 vol.).
 Meyer — Esprit, origine et progrès des Institutions judiciaires des principaux Pays
 de l'Europe (Paris 1823. 5 vol.).
 Morel — Traité élémentaire de procédure civile (1932, Lib. Sirey).
 Perrin — Traité des nullités de droit en matière civile (Lons-le-Saulnier 1816.
 1 vol.).
 Pigeau — Discours sur l'étude de la procédure.
 — Commentaires sur le Code de Procédure civile, revu et publié par Poncelet et
 Lucas Championnière (Paris 1827. 2 vol.).
 Rousseau et Laisney — Dictionnaire de Procédure civile (Paris, Arthur Rousseau
 éd. 8 vol. et 1 supp^l).
 Saleilles — Organisation politique et administrative et législation de l'Alsace-Lor-
 raine (Paris 1915—22. 4 vol.).
 — De la déclaration de volonté (Paris 1901. 1 vol.).
 Solus — Cours de procédure civile, professé à la Faculté de Droit de Paris
 (1941—1942).
 — Le Monopole des Avoués et Avocats devant les Justices de Paix (Les lois nou-
 velles, 5—15 novembre 1941).
 — La Réforme de la saisie-immobilière par le décret-loi du 17 juin 1938 (D. H.
 novembre 1938).
 — Les réformes récentes de la Procédure civile française (Mélanges Sugiyama
 1940. 1 vol.).
 Thielland — Des nullités de forme de l'exploit d'ajournement devant le Tribunal
 Civil (Thèse 1906).
 Vanlaër — Le décret-loi du 30 octobre 1935, relatif à la procédure civile (Lille,
 Duriez, Bataille, imp. 1937. 2 vol.).
 Vizioz — Etudes de Procédure (Paris, de Boccard, 1931), 2 parties :
 1^o) Observations sur l'étude de la procédure civile.
 2^o) Notions fondamentales de la procédure et la doctrine française du Droit
 Public.

3^o) OUVRAGES JURIDIQUES ETRANGERS :

- Archibald W. F. A. — Forms of summonses and orders (1879).
 J. Bayley — Manuel pratique de procédure anglaise et Recueil de Lois (1873.
 1 vol.).
 Brunner — Wort und Form im altfranzösischen Prozess (Vienne 1868. 1 vol.).
 Camelutti — Lezioni di diritto processuale civile.
 Chiovenda — Saggi di diritto processuale civile 1900—1930 (nouv. éd. Rome
 1930. 2 vol.).
 — Principi di diritto processuale civile (Naples, 1923. 1 vol.).
 Chitty — Forms of practical proceedings in the Common Law Divisions.
 Franchi — Cinque Codici (nouv. éd. mise à jour au 31 mars 1936, Ubrico
 Hoepli éd.).

Gaius — Institutes

Gaupp, Stein et Dr. Jonas Martin — Kommentar zur Zivilprozeßordnung (d'après le décret du 8 novembre 1933, achevé d'imprimer en 1935).

Halsbury (Lord) — Lord Halsbury's Laws of England (24 vol.).

Scialoja — Dizionario del diritto comparato, avec doctrine et jurisprudence (6 vol.).

Smith — Smith's leading cases.

Stephen — Stephen's commentaries on the laws of England (1933, Marcel Giard, Editeur. Tome 1^{er}).

Stroud — Stroud's judicial Dictionary (2^e éd.).

Sweet — Law Dictionary (1882).

4^o) TEXTES LEGISLATIFS :

Allemagne : — Code de procédure civile allemand du 30 janvier 1877, dans sa teneur du 20 mai 1898, avec les modifications résultant des lois des 5 juin 1905, 1^{er} juin 1909, 22 mai 1910 et 24 juin 1914 (trad. de Glasson, Lederlin, Dareste, revue et mise à jour par Paul Nachbaur et Albert Thurmman).

Angleterre : — Judicature act du 5 août 1873. —

Act de 1875, complété par le « Supreme court of Judicature Act » de 1925.

France : — Procès-verbal des conférences tenues par ordre du roi pour l'examen des articles de l'ordonnance civile du mois d'avril 1667 (nouv. éd. Paris 1740, in 4^o).

Code de Procédure civile de Dalloz.

Ordonnance du 16 avril 1843 sur la procédure en Algérie.

Dahir Marocain de 1913.

Loi du 12 janvier 1933.

Décret-Loi du 30 octobre 1935.

Décret-Loi du 17 juin 1938.

Italie : — Codice di procedura civile, décret 28 octobre 1940, An XVIII n^o 1443 (Biblioteca legale della Gazzetta di Popolo).

5^o) REVUES ET RECUEILS JURIDIQUES :

Les Affiches Parisiennes

La Gazette du Palais

La Gazette des Tribunaux

Les Lois Nouvelles

Recueil de Jurisprudence Dalloz

Recueil de Jurisprudence Sirey

Revue critique de Législation et de Jurisprudence

La Loi

Journal du Tribunal de Commerce

Revue trimestrielle de Droit Civil

Pandectes Françaises

Annuaire de Législation Etrangère

Le Journal des Notaires et des Avocats

Moniteur du Juge de Paix

Moniteur Judiciaire de Lyon et Moniteur Judiciaire du Midi.

Recueils de Caen, Rouen, Rennes, Agen, Amiens

The English and Empire Digest (Butterworth, 49 vol.)

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux numéros)

- ACTE — *des avoués ou du Palais* : définition (no. 1), formes (nos. 11 et 13).
— *juridique* : nos. 1 et 3.
— *de procédure* : conditions d'existence et de validité (nos. 7, 8 et 9), définition (nos. 1 et 3), règles de forme communes (no. 11), sens (nos. 4, 26 et 33).
- ACTION — *conditions d'exercice* : no. 8.
— *voie (d')* : no. 66.
- BENTHAM — *théorie (de)* : no. 20.
- BONNE FOI — *excuse (de)* : no. 39.
- CAPACITE — *de l'auteur de l'acte* : nos. 3 et 8 (3°).
- CARRE et CHAUVEAU — *système (de)* : no. 30.
- CAUSE — *de l'acte de procédure* : nos. 3 et 8 (2°).
- DECHEANCE — no. 14.
- DECRET du 30 octobre 1935 — nos. 53 à 60.
- DEFENSE — *au fond* : nos. 40, 57 et 66.
— *garantie de la liberté (de la) ou droits ou intérêts (de la)* : nos. 10 et 35.
- DELAÏ — no. 14.
- DROIT — *condition de l'acte de procédure* : no. 8 (1°).
— *Droit Naturel* : les 2 maximes fondamentales de la procédure (nos. 10 et 35).
- EQUIPOLLENTS ou EQUIVALENTS — *théorie (des)* : nos. 29 et 36.
- EXCEPTION — *définitions et différentes catégories* : nos. 57, 58 et 66.
— *moment de présentation* : no. 58.
— *de nullité* : nos. 57, 58 et 66.
— *ordre de présentation* : no. 59.
— *voie (d')* : no. 66.
- EXPLOIT — *définition* : no. 1.
— *formes* : nos. 11 et 12.
- FIN DE NON-RECEVOIR — nos. 40, 57, 58 et 66.
- FOND — *de l'acte* : nos. 8 et 26.
— *discussion (du)* : no. 56.
- FORCE MAJEURE — *cas (de)* : no. 39.
- FORMALISME — *avantages et inconvénients* : no. 10.
— *origine* : no. 10.
- FORMALITES SUBSTANTIELLES — *théorie (des)* : nos. 15, 30, 35 et 38.

INCOMPETENCE — *d'attribution* : nos. 16 et 60.

— *territoriale* : no. 16.

INEXISTENCE — no. 17.

INTERET — *condition de l'acte de procédure* : no. 8 (2°).

LEGISLATION COMPAREE — *Algérie* : no. 47.

— *Allemagne* : nos. 21, 44 et 69.

— *Ancien Droit* : no. 20.

— *Angleterre* : nos. 21, 45 et 69.

— *Droit Romain* : no. 20.

— *Italie* : nos. 21, 43, 70 et 71.

— *Maroc* : no. 46.

— *Naples* : no. 20.

— *Turquie* : no. 42.

LOI du 12 janvier 1933 — nos. 48 à 52.

NULLITES — *définitions* : no. 15.

— *classifications* : nos. 15, 16 et 17 (in fine).

— *comment les soulever* : no. 66.

— *effets et étendue* : no. 68.

— *moyens (de)* : voir exception, fin de non-recevoir et défense au fond.

— *ordre de présentation* : no. 67.

— « *pas de nullités abandonnées à l'appréciation du juge* » : nos. 19, 20, 28 et 35.

— « *pas de nullité sans grief* » : nos. 31, 37, 50, 51, et 55.

— *quand peut-on les présenter?* : no. 65.

— *qui peut les soulever?* : no. 64.

— *régime du Code primitif* : nos. 23 à 42.

— *régime actuel des nullités* : nos. 61 à 68.

— *systèmes comminatoires et obligatoires* : nos. 18 à 22.

— *virtuelles (théorie des)* : nos. 30, 37 (2°) et 38.

NULLITE ABSOLUE — no. 16.

« ACCESSOIRE — no. 15.

« COMMINATOIRE — no. 15.

« CONSTATEE PAR LE JUGE — no. 17 (in fine).

« DEFINITIVE — no. 15.

« EXTRINSEQUE — no. 15.

« DE FOND — nos. 5, 22, 26, 27, 33, 34, 42, 61, 63 à 67.

« DE FORME — nos. 5, 22, 28, et suiv., 33, 35 et suiv., 40, 42, 61, 62, 64 à 67.

« GENERALE — no. 15.

« INDIVIDUELLE — no. 15.

« INTRINSEQUE — no. 15.

« OBLIGATOIRE — no. 15.

« D'OFFICE — no. 15.

« PARTIELLE — no. 15.

« DE PLEIN DROIT — no. 17.

NULLITE RELATIVE — no. 16.

« REQUISE — no. 15.

« SUBSTANTIELLE — no. 15.

« TEMPORAIRE — no. 15.

« TEXTUELLE — no. 15.

« TOTALE — no. 15.

« VIRTUELLE — no. 15, et v. th. des nullités virtuelles (à : NUL-LITES).

NUL NE PEUT ETRE CONDAMNE S'IL N'A PAS ETE MIS EN MESURE DE PRESENTER SA DEFENSE — v. à : Droit Naturel, et à : Défense (garantie de la liberté de la).

NUL NE PEUT SE RENDRE JUSTICE A SOI-MEME — v. à : Droit Naturel.

NUL NE PLAIDE PAR PROCUREUR — no. 8.

OBJET — de l'acte de procédure : nos. 3 et 8 (2°).

ORDRE PUBLIC — nos. 16, 34 et 63.

PAS DE NULLITE COMMINATOIRE — v. à : Nullités (« pas de nullités abandonnées à l'appréciation du juge »).

PAS DE NULLITE SANS TEXTE — idem.

PIGEAU et BONCENNE — *theorie (de)* : no. 30.

PROCEDURE — *définition* : no. 1.

— *lois (de)* : lois d'organisation judiciaire, lois de compétence et lois de procédure proprement dite (no. 16).

QUALITE — de l'auteur de l'acte de procédure : no. 8 (4°).

SUSPICION LEGITIME — *principe (de la)* : v. théorie de Bentham.

TEXTES IMPERATIFS ET PROHIBITIFS — *système (des)* : v. théorie de Pigeau et Boncenne.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

1 Définition des actes de procédure	1
2 Délimitation du sujet	6
3 L'acte de procédure est un acte juridique	7
4 Double sens du mot acte	8
5 Les nullités, sanction des conditions de fond ou de forme	8
6 Plan de la thèse	8

TITRE PRÉLIMINAIRE :

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES CONDITIONS DE VALIDITÉ ET LES NULLITÉS DES ACTES DE PROCÉDURE

Chapitre premier : Les conditions de validité des actes de procédure

7 L'étude des conditions de validité, préliminaire nécessaire à celle des nullités	9
8 § 1 ^{er} Conditions de fond	9
9 § 2 ^e Conditions de forme	17
10 Appréciation du formalisme	17
11 Règles communes à tous les actes de procédure	21
12 Formalités propres aux exploits	23
13 Formes des actes des avoués	26
14 Les délais	28

Chapitre II : Définitions et classifications des nullités

15 Les différentes catégories des nullités	30
— Nullité de fond et de forme	30
— « totale ou partielle	31
— « définitive ou temporaire	31
— « individuelle ou générale	31
— « d'office ou requise	32
— « comminatoire ou obligatoire	33
— « textuelle ou virtuelle	33
— « substantielle ou accessoire	33
— « intrinsèque ou extrinsèque	34

16	Nullité absolue ou nullité relative	35
17	Inexistence	42
—	Nullité de plein droit ou constatée par le Juge	44

Chapitre III : Les différents systèmes de nullités

18	Position de la question : le Juge est-il libre d'apprécier l'opportunité de la sanction?	45
19	Système obligatoire ou système comminatoire	45
20	Les quatre systèmes possibles en législation	47
—	Système obligatoire absolu	47
—	« comminatoire absolu	48
—	« obligatoire relatif	49
—	« comminatoire relatif	49
21	Systèmes actuellement en vigueur en droit comparé	50
22	Limitation de la « querelle » de ces quatre systèmes aux seules nullités de forme	51

PREMIÈRE PARTIE :

LE SYSTÈME DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE JUSQU'A LA LOI DU 12 JANVIER 1933

Chapitre premier : Les Textes primitifs

23	Sources du Code de procédure civile	54
24	Les textes généraux	55
—	Article 1029	55
—	Article 1030	55
—	Article 173	55
25	Les textes spéciaux	57

Chapitre II : Les Commentaires de la Doctrine

26	Distinction par la Doctrine des nullités du fond et des nullités de forme	60
27	Régime extra-textuel des nullités de fond	61
28	Tempéraments proposés pour l'application des textes aux nullités de forme	62
29	Théorie des équipollents (échec à l'art. 1029)	62
30	Les différents systèmes de nullités virtuelles (échec à l'art 1030)	63
—	Le système des nullités résultant de textes prohibitifs	64
—	Le système des nullités substantielles et accessoires	65
—	Système mixte de Carré et Chauveau	66
—	Criterium de M. Japiot	66
31	Mouvement Doctrinal en faveur de la maxime « pas de nullité sans grief »	67
32	Commentaire de l'article 173	68

Chapitre III : La Jurisprudence et l'usage de la Pratique

33 Distinction des nullités de fond et des nullités de forme	69
34 Système prétorien des nullités de fond	70
35 Régime textuel des nullités de forme	72
36 Application de la théorie des équipollents (échec à l'article 1029)	73
37 Application de la maxime « pas de nullité sans grief » (échec à l'article 1029 et à l'article 1030)	78
38 Application du système des formalités substantielles (échec à l'article 1030)	85
39 Autres tempéraments à la rigueur de l'article 1029	90
40 Commentaires de l'article 173	91
41 L'usage des avoués de ne pas soulever la nullité sans intérêt sérieux	99

Chapitre IV : Le système en vigueur à la veille de la loi du 12 janvier 1933

42 Les grandes lignes du système français à la veille de la loi du 12 janvier 1933	102
--	-----

Chapitre V : Les principaux systèmes étrangers

43 Le système italien du Code de Procédure de 1865	106
44 Le système allemand du Code de Procédure du 27 janvier 1877	108
45 Le système anglais	112
46 Le « Dahir » Marocain de 1913	115

DEUXIEME PARTIE :

LE SYSTÈME ACTUEL DES NULLITÉS

Titre premier : Les Textes nouveaux

47 Les précédents	117
-----------------------------	-----

Chapitre premier : La loi du 12 janvier 1933

48 Origine et but de la loi du 12 janvier 1933	119
49 Les textes modifiés par la loi	120
50 Portée de la réforme	121
51 Nouveau régime des nullités instauré par la loi du 12 janvier 1933	124
52 Jurisprudence de la période transitoire de la loi du 12 janvier 1933 au décret du 30 octobre 1935	127

Chapitre II : Le décret du 30 octobre 1935

53 Origine et but du décret du 30 octobre 1935	130
54 Les textes du décret intéressant les nullités de procédure	133

Titre II : Le nouveau régime des nullités

Chapitre premier : Les réformes du décret du 30 octobre 1935 et leur application

§ 1 ^{er} — L'article 173 :	
55 L'alinéa 1 ^{er} du nouvel article 173	139
56 Les alinéas 2 et 3 de l'article 173	151
§ 2 — L'article 192 :	
57 Généralités sur l'article 192	154
58 L'alinéa 1 ^{er} de l'article 192	156
59 Les alinéas 2, 3 et 4 de l'art. 192	160
§ 3 — L'article 170 bis :	
60 Création de deux catégories d'incompétence absolue	162

Chapitre II : Le système français actuel

61 Les deux catégories fondamentales des nullités	164
62 Les nullités de forme	165
63 Les nullités de fond	165
64 Qui peut les soulever ?	167
65 Quand peut-on les soulever ?	169
66 Comment les soulève-t-on ?	170
67 Ordre de présentation des différents moyens	171
68 Effets et étendue des nullités	173

Chapitre III : Les systèmes étrangers actuels

69 Droit anglais et Droit allemand	175
70 Le nouveau Code de procédure italien	175
71 L'évolution du Droit italien	178

CONCLUSION

72 L'abréviation des procès, souci constant du législateur	180
73 Le système actuel y répond-il ?	180
74 L'évolution de notre système des nullités correspond à l'évolution de la procédure vers le Droit public	182
75 Evolution parallèle en Droit Comparé	183
76 La réforme du législateur moderne des nullités a été dans l'ensemble salutaire	184
Appendice. — N° I : Modèles d'assignation	187
N° II : Modèle de conclusions devant le Tribunal Civil	191
Bibliographie	193
Table alphabétique des matières	197

Cet ouvrage a obtenu la mention :

« TRÈS BIEN »
